Fein

Beiträge

zu der Lehre

von der

Novation und Delegation.

Ein Rechtsgutachten

von

Dr. Eduard Fein,

Großherzogl. Sächsischem Hofrathe, ordentlichem öffentlichen Professor der Rechte an der Universität zu Jena, und ordentlichem Beisitzer des Schöppenstuhles daselbst.

Jena,

Druck und Verlag von G. Schreiber und Söhne.

1850.

Vorwort.

Der in dem nachfolgenden Gutachten behandelte Rechtsfall gehört wegen der Vielseitigkeit und Schwierigkeit der in demselben zur Sprache kommenden, namentlich dem Gebiete der Delegation angehörenden That- und Rechtsfragen, zu den interessantesten civilistischen Rechtsfällen, welche mir in der Praxis als Advokat und Richter, und in der Theorie bei dem Studium der neueren casuistischen Literatur, welche ich auch als academischer Lehrer fortwährend mit Vorliebe verfolgt habe, vorgekommen sind. Ich hatte das Gutachten ursprünglich ohne irgend einen Gedanken an Veröffentlichung desselben ausgearbeitet, und später von der Eröffnung und dem Laufe des Processes keine weitere Nachricht erhalten. Aus den mir jetzt aber übersandten Manualacten habe ich indessen ersehen, daß in dieser, jetzt im Stadium der Widerklage befindlichen Proceßsache ein so merkwürdiges Schwanken über die juristische Auffassung der zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse Statt gefunden hat, wie es wohl selten in einem Processe vorkom-

men wird, indem nicht nur die unterste Instanz nach und nach drei verschiedene Ansichten aufgestellt hat, sondern auch von der obersten Instanz zwei ganz entgegengesetzte Erkenntnisse vorliegen, wie aus dem einen Ueberblick über die Proceßgeschichte enthaltenden Nachtrage genauer hervorgeht. Unter diesen Umständen nehme ich keinen Anstand das Gutachten hiermit im Interesse meines Quärenten, und in der Ueberzeugung, daß der vorliegende Rechtsfall, mehr wie mancher andere, das wissenschaftliche Interesse eines jeden Juristen, Theoretikers wie Praktikers, in Anspruch zu nehmen geeignet ist, der Oeffentlichkeit zu übergeben, mit der Hoffnung, daß die ursprünglich nicht für die Oeffentlichkeit bestimmte praktische Arbeit dennoch die Oeffentlichkeit nicht zu scheuen brauchen werde.

Jena, den 1. Februar 1850.

Dr. Eduard Fein.

Rechtsgutachten

für

den Herrn Apotheker K. zu L.

Entschädigungsansprüche wegen einer von demselben um 3500 Thlr. zu theuer erkauften Apotheke betreffend.

Rechtsgutachten

für

den Herrn Apotheker N. zu L.

Entschädigungsansprüche wegen einer von demselben um 3500 Thlr. zu theuer erkauften Apotheke betreffend.

Einleitung.*)

§. 1.

Der Herr Apotheker K. zu L. hat mir durch seinen Mandatar, Hrn. R., laut Schreiben des Letzteren vom 16. und 21. v. M. folgende Aktenstücke:

1) einen Kaufvertrag über die A..sche Apotheke zwischen dem Herrn B. als Verkäufer und Herrn D. als Käufer vom 27. Mai 1845 [1]);

2) eine Beschreibung des verkauften Wohnhauses nebst der durch die Gerichtsschöppen vorgenommenen Taxe vom 18. Juni 1845;

3) einen Hypothekenschein des Rentamtes zu A. über das gedachte Grundstück vom 19. Juni 1845;

4) ein Protokoll des Amtes A. vom 21. Juni 1845, die gerichtliche Anerkennung des sub 1. erwähnten Kaufvertrages von Seiten der Interessenten enthaltend;

5) einen Kaufvertrag über die A..sche Apotheke zwischen dem Herrn D. als Verkäufer und dem Herrn K. als Käufer, unter Beitritt des Hrn. Apothekers B. v. 26. Aug. 1845 [2]);

*) Ich habe die Namen der in diesem Processe vorkommenden Personen, Orte und Gerichte mit Absicht verschwiegen, und die Parteien vielmehr nach ihrem jetzigen processualischen Standpunkte den (Wider-) Kläger mit K., den (Wider-) Beklagten mit B., und den auctor des Widerklägers mit D. bezeichnet, weil Letzterer juristisch als Delegant aufzufassen ist.

1) Als Anlage A. mit abgedruckt.

2) Anlage B.

6) einen Hypothekenschein des Rentamtes zu A. über das verkaufte Grundstück vom 10. October 1845 [1]);

7) ein Protokoll des Amtes A. vom 3. Februar 1846, die gerichtliche Anerkennung des sub 5 erwähnten Kaufvertrages von Seiten der Interessenten enthaltend [2]);

8) einen Hypothekconsens des Rentamtes zu A., vom 9. Februar 1846 zu der in Nr. 5 und 7 vorgenommenen Verpfändung der Apotheke betreffend [3]);

9) ein Protokoll des Amtes zu A. vom 6. März 1846, eine Auflage an Herrn K., wegen genauerer Angabe des für das Wohnhaus festgesetzten Kaufpreises enthaltend;

10) die gerichtliche Confirmation des sub 5 erwähnten Kaufvertrages durch das Amt zu A. vom 24. März 1846 [4]);

11) ein Gutachten des Herrn R. über die Rechtsverhältnisse des Herrn K. zu den Vorbesitzern seiner Apotheke, Herrn B. und Herrn D.;

sämmtlich in Abschrift, und

12) ein Gutachten des Herrn L. vom 27. December 1847 über dieselben Rechtsverhältnisse,

im Original übersendet, und meine rechtliche Meinung über folgende, in dem sub 1. erwähnten Gutachten aufgeworfene Fragen begehrt:

1) Kann Herr D. an einem andern Gerichtsstande als dem seines Wohnortes belangt werden?

2) Ist wohl anzunehmen, daß die auf Entschädigung in Absicht des Minderwerthes gerichtete Klage nach preußischen Gesetzen Statt finden könne?

3) Welche Einreden kann Herr K. einer Schuld- resp. Darlehnsklage des Herr B. rücksichtlich der qu. 3000 Thlr. entgegensetzen?

4) Welche Einreden kann derselbe einer Pfandklage des Herrn B. entgegenstellen?

5) Was kann als Object dieser Pfandklage betrachtet werden?

---

1) Anlage C.
2) Anlage D.
3) Anlage E.
4) Anlage F.

6) Welche Einreden kann Hr. K. wider eine Eigenthumsklage des Herrn B. geltend machen?

7) Welches ist das mögliche Object einer solchen?

Ich habe mich der sofortigen Prüfung dieser Angelegenheit unterzogen, und theile in Folgendem die Resultate dieser Prüfung mit, nachdem ich zuvörderst eine kurze Geschichtserzählung voraufgeschickt habe.

Geschichtserzählung.

§. 2.

Der Herr Apotheker B. zu A. verkaufte laut eines am 27. Mai 1845 schriftlich vollzogenen Kaufcontractes (Anlage A.) sein zu E. sub Nr. 97. belegenes Wohnhaus „mit der darin befindlichen allöopathischen und homöopathischen Apotheke incl. sämmtlicher dazu gehörigen Vasis, Instrumenten, Utensilien und Waarenvorräthen" für die Summe von 6250 Thlr. pr. Cour. an den Herrn Apotheker D., indem er zugleich zu Gunsten des Käufers, „die ihm von der höchsten Landesbehörde verwilligte und seit 25 Jahren zeither ausgewirkte Apotheker-, so wie auch die damit verbundene Material-Concession" niederlegte. Von dem gedachten Kaufgelde sollten 3000 Thlr. auf 3 nach einander folgende Jahre gegen 4 Procent Zinsen stehen bleiben, indem der Käufer sodann 1500 Thlr. abbezahlen sollte, und Verkäufer sich bis zur vollständigen Berichtigung der Kaufgelder „das Eigenthumsrecht an dem verkauften Wohnhause sammt der darin befindlichen Apotheke" vorbehielt.

Herr Apother D. verkaufte indessen bald darauf, nämlich am 26. August desselben Jahres das von ihm erkaufte Wohnhaus nebst der darin befindlichen Apotheke an den Hrn. Apotheker K. um die Summe von 6500 Thlr. In dem schriftlichen Kaufcontracte vom 26. August 1845 (Anlage B.) wurden wegen der 3000 Thlr. rückständiger Kaufgelder, welche Herr B. zu fordern hatte, folgende Bestimmungen getroffen:

„Der Rest von 3000 Thlr. aber, Herrn B. gehörig, bleibt unter nachfolgenden Bedingungen:

1) daß die Zinsen in halbjährigen Raten gezahlt werden;

2) daß derselbe berechtigt ist, das ganze Capital zu kündi-

gen, wenn Herr K. nicht pünktlich zur Verfallzeit die Zinsen zahlt;

3) daß die Apotheke bis dahin, wo Herrn B. gehörende Gelder auf dieselbe hypothecarisch eingetragen sind, in der Feuerversicherungsbank zu M. mit 2000 Thlr. versichert wird,

ferner 2000 Thlr. auf 3 Jahre und 1000 Thlr. auf 2 Jahre unkündigbar auf der Apotheke hypothecarisch eingetragen stehen, und behält sich Herr B. ausdrücklich Eigenthumsrechte an der Apotheke so lange und bis diese 3000 Thlr. nebst Zinsen vollständig bezahlt sind, vor.

Herr Apotheker D. übernimmt die Verbindlichkeit, daß Herr B. in Form Rechtens diesen Vertrag unterzeichnet."

Das Letztere ist denn auch geschehen, und haben sämmtliche drei Interessenten den Vertrag vom 26. August 1845, am 3. Februar 1846, vor dem Justizamte A. anerkannt, indem sie die sub 3 gestellte Bedingung dahin „erläutert" haben, „daß dem Herrn Apotheker B. wegen der dem Herrn Apotheker K. dargeliehenen 3000 Thlr. außer dem reservirten Eigenthumsrechte auch eine Hypothek auf die erkaufte Apotheke eingeräumt werden solle" (cf. Anlage D.).

Nach Ertheilung des zur Hypothekbestellung erforderlichen Lehnsconsenses des Rentamtes zu A. vom 9. Febr. 1846 (Anlage E.) ist darauf der obige Kaufcontract nebst Hypothekbestellung unter dem 24. März 1846 „mit Vorbehalt der Rechte jedes Dritten und insbesondere des dem Vorbesitzer Hrn. Apotheker B. wegen 3000 Thlr. rückständiger Kaufgelder reservirten Eigenthumsrechtes" gerichtsseitig confirmirt worden. (Anlage F.)

§. 3.

Zu diesen, durch die mir abschriftlich mitgetheilten Documente erweisbaren Thatsachen, kommen nun noch folgende, von Herrn K. angegebene, Facta hinzu, deren Richtigkeit ich natürlich bei dem folgenden Gutachten stets voraussetzen werde.

1) Herr B. hat seinem Käufer Herrn D. kurz vor Abschluß des oben erwähnten Kaufvertrages brieflich die Zusicherung ertheilt, daß er aus dem reinen Medizinalgeschäfte in den 5 letzten Betriebsjahren, also in den Jahren von 1839—1844

eine jährliche Bruttoeinnahme von durchschnittlich gegen 1000 Thlr. gezogen habe.

2) Dieselbe Versicherung über die durchschnittliche Bruttoeinnahme der gedachten Jahre hat Herr D. wiederum seiner Seits seinem Käufer, dem Herrn K., kurz vor dem Abschlusse des Kaufvertrages und zwar gleichfalls brieflich ertheilt.

3) Herr B. hat aber laut seiner Geschäftsbücher in den Jahren 1839—1844 nur eine Durchschnittseinnahme von höchstens 580 Thlr., und auch diese nur mit Hülfe des verbotenen Selbstdispensirens bezogen.

4) Herr D. hat dem Herrn B., wegen der rückständigen Kaufgelder, bei Gelegenheit der gerichtlichen Verlautbarung des Contractes, an der gekauften Apotheke ausdrücklich eine Hypothek eingeräumt.

5) Herr D. hat von dem wahren sub 3 angegebenen Sachverhältnisse bereits vor dem Verkaufe der Apotheke an Herrn K. Kenntniß gehabt.

6) Herr K. selbst hat aber während der nunmehr zweijährigen Dauer seines Geschäftsbetriebes bei aller möglichen Sorgfalt nur eine durchschnittliche Bruttoeinahme von 451 Thlr. 6 Sgr. 5 Pf. erzielt.

7) Der wahre Werth der A..schen Apotheke besteht aber, sobald man die sub 3 angeführte Durchschnittseinnahme von 550 Thlr. zu Grunde legt, nicht in 6500 Thlr., sondern nur in 3000 Thlr. und ist sie zu diesem Werthe durch den Apotheker und Chemiker Herrn S. abgeschätzt worden.

8) Herr D. hat gegenwärtig sein Domicil zu P. (im Königr. Preußen); er besitzt im A...schen kein Vermögen, und es ist überhaupt über den Stand seines Vermögens keine Kenntniß zu erlangen gewesen.

Rechtliche Beurtheilung.

§. 4.

Indem ich mich nun zu der rechtlichen Beurtheilung der Sache selbst wende, so halte ich es für zweckmäßig, um der Darstellung der verwickelten Rechtsverhältnisse und Rechtsfragen Klarheit und Anschaulichkeit zu verleihen, die mir vorgelegten Fragen in einer abweichenden Reihenfolge zu beantworten, und

zwar werde ich zunächst die 3. Frage ins Auge fassen, da dem Herrn K. die nächste und unmittelbarste Gefahr durch Anstellung einer Klage von Seiten des Herrn B. auf Bezahlung der qu. 3000 Thlr. droht. Die Hauptaufgabe des Gutachtens muß deßhalb gerade darin bestehen, einen Weg nachzuweisen, auf welchem es dem Herrn K. möglich wird, sich unmittelbar gegen die Ansprüche des Herrn B. zu schützen.

§. 5.

Zur dritten Frage:

Welche Einreden kann Herr K. einer Schuld- resp. Darlehnsklage des Hn. B. rücksichtlich der qu. 3000 Thlr. entgegensetzen?

Ich werde in den folgenden Paragraphen nachweisen, daß es zwei Wege giebt, auf welchen Herr K. den §. 4 gedachten Zweck erreichen kann. Um diesen Beweis zu führen, müssen aber die einschlagenden Rechtsverhältnisse sämmtlich einzeln geprüft werden, und ich beginne deßhalb:

A., mit dem Kaufcontracte zwischen dem Hn. D. und K. Wenn der wahre Werth der gekauften Apotheke in 3000 Thlr. besteht, und Herr K. 6500 Thlr. Kaufpreis dafür versprochen hat, so hat er einen Verlust von 3500 Thlr. erlitten, und ist mithin enormiter lädirt. Es scheinen deshalb ohne weiteres die Rechtsmittel wegen der laesio enormis Platz zu greifen. Allein abgesehen von der Controverse: ob auch der Käufer berechtigt ist, die Aufhebung des Kaufes propter laesionem enormem zu verlangen, welche allerdings zu Gunsten des Käufers zu entscheiden sein würde,

Glück Commentar 17r B. S. 27—34,

so kann von diesen Rechtsmitteln in dem vorliegenden Falle kein Gebrauch gemacht werden, weil beide Contrahenten in dem Kaufcontracte vom 26. August 1845 namentlich und ausdrücklich „der Einrede der Verletzung über oder unter der Hälfte“ entsagt haben.

Es hat zwar nicht an Juristen gefehlt,

Glück l. c. S. 84 not. 25,

welche einen solchen Verzicht für wirkungslos erklärt haben, sobald der Verzichtende den wahren Werth der Sache

nicht gekannt habe (was im vorliegenden Falle von Herrn K. unbedingt behauptet werden muß), weil jede Entsagung eine genaue Kenntniß der zu entsagenden Ansprüche voraussetze, und Niemand durch Verzicht bewirken könne, daß kein dolus prästirt werde, was aber in diesem Falle geschehen würde, weil bei der laesio enormis der dolus in der Sache selbst liege,

arg. L. 36 D. de V. O. (45, 1).

Allein das Mißverhältniß zwischen Kaufpreis und Kaufobject ist an und für sich noch kein Beweis eines dolus auf Seiten des Verkäufers,

arg. L. 10 C. de rescind. vend. (4, 44)

„Dolus emtoris qualitate facti, non quantitate pretii existimatur"

und der Verzicht erfordert nur, daß der Renunciant einen Begriff von dem Rechte, auf welches er Verzicht leistet, hat, keineswegs aber, daß er gewußt hat, daß das qu. Recht für ihn in concreto wirklich begründet gewesen sei. Denn es ist, wie

Schweppe im röm. Privatrecht 1r B. S. 326

mit Recht sagt, eine unverzeihliche Nachlässigkeit ohne Untersuchung zu verzichten, und diese Nachlässigkeit kann dem Renuncianten nicht zu gute kommen. So kann, um nur einige ganz ähnliche Beispiele zu wählen, auf die Ansprüche aus dem ädilitischen Edicte in unbeschränkter Allgemeinheit verzichtet werden,

L. 31 D. de pactis (2, 14)

und wenn der Verkäufer dabei nicht in dolo war, so ist er gegen die Ansprüche des Käufers gesichert.

L. 14 §. 9. 10 D. de aedil. edicto (21, 1).

Dieselben Grundsätze kommen auch bei dem pactum de non praestanda evictione zur Anwendung,

L. 11 §. 18 D. de act. emt. (19, 1) vgl. mit L. 6 §. ult.
L. 11 §. 15. 16. D. eod. (19, 1)

und das Oberappellationsgericht in Kassel hat daher mit Recht die Einrede des Verzichtes auf die Rechtsmittel ex laesione enormi als vollkommen gültig zugelassen.

Strippelmann neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des OAGerichts zu Kassel 2r Th. S. 276, Nr. IV, 2.

§. 6.

Dagegen sind die Rechtsmittel aus dem ädilitischen Edicte, die actio redhibitoria oder quanti minoris, an sich vollkommen begründet, weil die dicta nicht prästirt worden sind, wie es nach den ausdrücklichen Worten des ädilitischen Edictes

L. 1 §. 1 D. de aedil. edict. (21, 1)

geschehen muß.

Die in §. 3. Nr. 2 erwähnte Versicherung über die Durchschnittseinnahme muß nämlich als ein dictum über eine Qualität der verkauften Sache, nämlich deren Ertragsfähigkeit betrachtet werden, welche von der entschiedensten Wichtigkeit für Festsetzung des Kaufpreises erscheint. Es handelt sich hier nämlich nicht um generelle Lobpreisungen und Empfehlungen, welche den Verkäufer nicht verbindlich machen, sondern um die Angabe specieller Facta, welche einen Einfluß auf den Betrag des Kaufpreises ausüben müssen,

L. 17. §. ult. L. 18. D. de aedil. edicto (21, 1)

und in dem vorliegenden Falle den allerentschiedensten, da gerade die Durchschnittseinnahme allein als Basis bei Ausmittelung des Werthes einer Apotheke betrachtet werden kann. Denn Hr. K. hat ja das erwähnte Wohnhaus nebst Apothekerinventarium nur gekauft, um das Geschäft eines Apothekers als Erwerbszweig darin zu betreiben. Es war deshalb in dem Kaufvertrage ausdrücklich zur Bedingung gemacht, daß der Kauf als nicht geschlossen betrachtet werden sollte, wenn der Hr. K. die Concession zur Betreibung des gedachten Geschäftes von der Regierung nicht erhalten würde.

Daß diese Zusicherung nicht mit in die Vertragsurkunde aufgenommen, ja daß sie vielleicht überhaupt nicht einmal in das Gewand eines förmlichen Versprechens eingekleidet ist, oder daß der Verkäufer nicht speciell versprochen hat, für diesen Punkt Garantie zu leisten, thut nichts zur Sache. Denn zwischen den dictis et promissis, welche aber beide prästirt werden müssen, besteht gerade der wesentliche Unterschied darin, daß die dicta einseitige Versicherungen des Verkäufers sind, während die promissa in die Gestalt eines Vertrages, und zwar meistens der stipulatio eingekleidet wurden.

L. 19. §. 2. D. de aedil. edict. (21, 1).

Auch ließe sich in dem vorliegenden Falle selbst nicht einmal an einer stillschweigenden Acceptation dieser brieflich ertheilten Zusicherung zweifeln, indem Herr K. gerade durch diese Versicherung, wo nicht zur Abschließung des ganzen Vertrages, doch jedenfalls zum Versprechen einer so hohen Kaufsumme bewogen worden ist.

Jedes dictum muß aber prästirt werden, auch wenn es lange vor Abschluß des Vertrages selbst ertheilt ist,

L. 20. D. de aedil. edict. (21, 1).

Denn alle Vorverhandlungen und vorher gemachte Angaben sind von Einfluß auf die später erfolgte Abschließung des Vertrages, und werden daher billig mit dem letzteren als ein Ganzes betrachtet.

L. 134 §. 1. D. de V. O. (45, 1).

Ob Herr D. die qu. Versicherung über die Durchschnittseinnahme, welche sein Vorgänger B. bezogen hatte, in gutem Glauben ertheilt hat, oder ob er schon damals von der Unrichtigkeit derselben überzeugt war, kommt bei den ädilitischen Klagen nicht weiter in Betracht. Denn nach den Worten des ädilitischen Edictes muß jeder Verkäufer für die dicta et promissa ohne irgend eine Einschränkung einstehen,

L. 1. §. 1 vergl. mit L. 17. §. ult. L. 18. L. 31. §. 1. D. de aedil. edict. (21, 1)

und zwar wird in

L. 1. §. 2. D. eod. (21, 1)

in Beziehung auf das Nicht-Angeben heimlicher Mängel ausdrücklich hervorgehoben, daß die Rechtsnormen des ädilitischen Edictes auch dann Platz greifen, wenn der Verkäufer selbst ignorans gewesen ist, d. h. das Dasein dieser Mängel nicht gekannt hat, eine Bestimmung, welche um so mehr auf die dicta et promissa zur Anwendung gebracht werden muß, weil Niemand leichtsinniger Weise Versicherungen ertheilen soll, von deren Wahrheit und Richtigkeit er keine gehörige Kenntniß hat,

cf. L. 13. §. 3. D. de act. emt. (19, 1);

Herr K. würde nun die Wahl zwischen der actio redhibitoria und actio quanti minoris haben.

L. 18. pr. D. de aedil. edict. (21, 1).

Allein es steht der Anstellung dieser Klage ein gewichtiges

Bedenken entgegen, nämlich die zu befürchtende Einrede der Verjährung. Die actio redhibitoria verjährt bekanntlich in 6 Monaten, und die actio quanti minoris in 1 Jahre. Die Fristen werden zwar utiliter berechnet; allein auch bei solchen wird die bloße Unbekanntschaft mit dem Klagrechte nicht als ein Hinderniß der Klaganstellung (der experiundi potestas) betrachtet, und deshalb sagt Ulpian in

L. 19. §. 6. D. de aedil. edict. (21, 1),

daß die Verjährung ex die venditionis beginne, indem ja von diesem Tage an der Käufer jedenfalls Gelegenheit hatte, die gekaufte Sache näher kennen zu lernen, und sich namentlich von der Existenz oder dem Mangel der versprochenen Qualitäten zu überzeugen. Denselben Grundsatz finden wir in

L. 20. D. eod. (21, 1)

wiederholt, und in einem Rescripte, nämlich der

L. 2. C. de aedil. act. (4, 58)

auf einen Rechtsfall zur Anwendung gebracht.

Nur Papinian läßt in

L. 55. D. de aedil. edict. (21, 1)

die Verjährung noch nicht gegen denjenigen laufen, qui vitium fugitivi (d. h. des gekauften Sklaven) latens ignoravit: non idcirco tamen dissolutam ignorationem emtoris excusari oportebit.

Eine systematische Vereinigung dieser Stellen ist nur dadurch hervorzubringen, daß man die ersteren Stellen als die Regel, und die letzteren als eine Modification oder Ausnahme derselben auffaßt, so daß die Verjährung regelmäßig mit dem Momente des Verkaufes beginnt, außer wenn der Mangel so versteckt war, daß seine Entdeckung auch bei der größten Sorgfalt nicht möglich war, und daher nur als ein Werk des Zufalls erscheint.

Vergleiche insbesondere v. Savigny System 3r. Bd. Beil. VIII Nr. XXV und XXVI, namentlich S. 413. C.

Wollte man nun auch für Herrn K. die Verjährung nicht sofort vom Momente des Verkaufes resp. der Tradition an berechnen, so müßte doch jedenfalls ihr Lauf mit dem Ablauf des ersten Betriebsjahres berechnet werden müssen. Denn bei der

ersten Jahresberechnung mußte es dem Hn. K. ganz klar werden, daß er, absichtlich oder unabsichtlich, getäuscht sei. Er hatte von diesem Momente an jedenfalls genügende Veranlassung, die actio redhibitoria oder quanti minoris zu erheben, und die Klagen müssen demnach gegenwärtig für verjährt erklärt werden.

§. 7.

Nichts desto weniger aber giebt es dennoch eine vollkommen begründete Klage für Herrn K., nämlich die civilrechtliche actio emti auf Schadensersatz. Wenn nämlich auch

1) Herr D. die fragliche Versicherung bona fide ertheilt haben sollte, so muß er dennoch schon nach den Grundsätzen des Civilrechts für die dicta et promissa einstehen,

L. 13. §. 3. L. 6. pr. D. de act. emt. (19, 1)
L. 45. D. de contr. emt. (18, 1)
L. 9. C. de act. emti (4, 49),

weil es die bona fides mit sich bringt, daß ein Jeder für sein gegebenes Wort einsteht. Denn wenn er von der Wahrheit seiner Versicherungen nicht überzeugt war, so mußte er die Versicherung gar nicht ertheilen, um den derselben trauenden Käufer nicht in Nachtheil zu bringen „non debuit facile, quae ignorabat, adseverare," oder „non debuit facilis esse ad temerariam indicationem," wie es in

L. 13. §. 3. D. de act. emt. (19, 1)

heißt, mit welcher Stelle auch noch

L. 43. pr. D. de contr. emt. (18, 1),
L. 6. §. 4. D. de act emt. (19, 1)

zu vergleichen sind, welche sich zwar nicht ausdrücklich, aber doch dem ganzen Zusammenhange nach auf einen venditor ignorans beziehen.

2) Was nun die Richtung dieser civilrechtlichen actio emti im Allgemeinen anbetrifft, so kann der Käufer Herabsetzung des Kaufgeldes auf so viel, als er nur für die Sache gegeben haben würde, falls er die Wahrheit gekannt hätte, verlangen.

L. 9. C. cit.
L. 13. §. 3. vergl. mit pr. §. 1. D. de act. emti (19, 1).

Ist die Sache daher jetzt, da die versprochenen dicta et

promissa fehlen, ganz und gar werthlos, so wird das volle Kaufgeld herausgegeben, und auf diese Weise der ganze Kauf rückgängig gemacht werden.

L. 43. §. 6 D. de aedil. edict. (21, 1).

Zweifelhaft erscheint es aber, ob der Käufer actione emti auch dann auf Aufhebung des Kaufes klagen kann, wenn er den Kauf nicht abgeschlossen haben würde, sofern er die Unrichtigkeit der Zusage gekannt hätte. Die obigen Stellen schweigen von diesem Falle. In der

L. 11. §. 3. D. de act. emt. (19, 1)

heißt es zwar: redhibitionem quoque contineri emti judicio Labeo et Sabinus putant et nos probamus. Allein wenn man auch nach dieser Stelle annehmen wollte, daß der zur Anstellung der ädilitischen actio redhibitoria berechtigte Käufer dasselbe Resultat auch mit der civilrechtlichen actio emti erlangen könne, so würde davon doch wegen der sub 3 folgenden Ausführungen über die Verjährung kein Gebrauch zu machen sein.

Dennoch muß aber die obige Frage bejahet werden. Denn die

L. 25. §. 1. D. de exc. rei judic. (44, 2)

enthält für die ädilitische actio quanti minoris den Grundsatz, daß durch diese Klage auch Redhibition erlangt werde: si tale vitium in homine (d. h. dem gekauften Sklaven) est, ut eum ob id actor emturus non fuerit. Dieser Grundsatz wird aber keineswegs als eine Singularität für die ädilitische actio quanti minoris vorgetragen; er ergiebt sich vielmehr mit juristischer Nothwendigkeit aus dem Begriffe einer Klage auf Herabsetzung des Kaufgeldes, soweit der Käufer zuviel an Kaufgeld bezahlt hat. Denn wenn er die Sache, bei vorhandener Kenntniß des Mangels oder der Abwesenheit der versprochenen Qualitäten nicht gekauft haben würde, so kann er mit Recht behaupten, daß er nicht bloß einen Theil, sondern geradezu das ganze Kaufgeld zu viel bezahlt habe.

Als Resultat stellt sich demnach für den Herrn K. heraus:

daß er nach den Principien des Civilrechts jedenfalls auf Herabsetzung des Kaufgeldes, und falls er den Kauf nicht abgeschlossen haben würde, wenn er die Unwahrheit

der dicta gekannt hätte, selbst auf Aufhebung des Kaufes antragen kann.

Das Letztere wäre sehr wohl in dem Falle denkbar, wenn Herr K. bei dem jetzigen Zustande der Apotheke nicht seinen vollen Unterhalt fände, und sich von Anfang an auf ein solches kleineres Geschäft überall nicht eingelassen haben würde.

3) Schwierigkeiten verursacht indessen auch hier der Punkt der Verjährung. An und für sich kann der Käufer zwar beliebig die ädilitischen Klagen oder die civilrechtliche actio emti anstellen. Allein es ist gerade eine bestrittene Frage: ob die civilrechtliche Klage noch mit Wirksamkeit angestellt werden kann, nachdem die auf demselben factischen Klaggrunde beruhende ädilitische Klage bereits verjährt ist? Ich kann mich hinsichtlich dieser Frage nur den neuesten, auf gründlicher historischer Forschung beruhenden Ausführungen von

Keller in Sell's Jahrbüchern 3. Bd. S. 162 fgg.

anschließen, welche auch namentlich von

v. Vangerow Leitfaden 3r Bd. S. 308 Nr. VIII.

Sintenis das praktische gemeine Civilrecht 2r Bd. (Leipz. 1847.) S. 614 (Note der zweiten Columne),

Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts 2r Bd. 2. Abth. (Leipz. 1847.) S. 321—323

adoptirt worden sind. In allen denjenigen Fällen nämlich, wo eine civilrechtliche Klage schon zugelassen wurde, ehe noch das ädilitische Edikt aufgestellt war, wo also die Klage eine actio perpetua im Sinne des alten Rechtes war, da kann ihre Verjährungsfrist durch das später proponirte ädilitische Edikt nicht beschränkt worden sein, und die Klage unterliegt daher der 30jährigen Verjährung. Wo aber die Grundsätze des ädilitischen Ediktes erst in das Civilrecht übergegangen sind, und eine civilrechtliche Klage nur zugelassen wurde, weil eben auch das Edikt eine Klage zuließ, da muß sich die civilrechtliche Klage ganz und gar nach der ädilitischen richten, und damit das ädilitische Edikt nicht geradezu illusorisch wird, auch in die erwähnten kurzen Verjährungsfristen eingeschlossen werden, z. B. in dem Falle, wo der Verkäufer wegen heimlicher Mängel in Anspruch genommen wird, welche er selbst nicht gekannt, deren Abwesenheit er aber auch nicht besonders versprochen hat. Wir

können diesen Grundsatz auch einfach folgendermaaßen ausdrücken: die civilrechtliche actio emti dauert überall 30 Jahr, wo der Anspruch unmittelbar durch die bona fides gerechtfertigt werden kann, weil die bona fides schon nach dem alten Civilrechte die Grundlage und Basis aller bonae fidei Contracte war. Das gegebene Wort zu halten, oder dafür einzustehen, ist aber wohl das erste Gebot der bona fides und wir können unmöglich annehmen, daß erst die Aedilen diese Anwendung der bona fides ins Leben gerufen haben. Wir müssen vielmehr annehmen, daß eine Entschädigungsklage wegen nicht erfüllter dicta et promissa aus dem vorädilitischen Civilrecht abstammt. Die neuen Bestimmungen des ädilitischen Ediktes bestanden nur darin:

a) daß auch der unwissende Verkäufer selbst für diejenigen verborgenen Fehler haften solle, deren Abwesenheit er nicht einmal versprochen hatte, eine Bestimmung, welche nicht als unmittelbarer Ausfluß der bona fides betrachtet werden kann, und dem Civilrecht bis dahin fremd war, und

b) daß in diesem Falle, und wenn adversus dicta et promissa gekauft ist, ohne weiteres auf Redhibition geklagt werden kann, während das Civilrecht in dem letztern Falle nur eine Entschädigungsklage in der oben sub 2 angedeuteten Richtung zuließ.

Herr K. braucht sich daher gar nicht auf die mildere Ansicht derjenigen Juristen zu berufen, welche die civilrechtliche actio emti in allen Fällen nur der 30jährigen Verjährung unterwerfen.

4) Das petitum bei dieser civilrechtlichen actio emti, insofern damit aus dem sub 2 angeführten Grunde auf Auflösung des Kaufcontracts geklagt werden sollte, ginge dann

a) wegen der an Herrn D. gezahlten Kaufgelder auf Rückzahlung nebst landesüblichen Zinsen vom Tage der Zahlung an,

b) auf Erstattung der an Herrn B. gezahlten Zinsen, und

c) auf Bewirkung der Liberation und Löschung der Hypothek, wegen der dem Herrn B. versprochenen 3000 Thlr.

Denn weil diese 3000 Thlr. noch nicht gezahlt sind, so kann auch nicht auf Rückerstattung geklagt werden. Das Klagegesuch muß vielmehr nach Analogie anderer Fälle z. B.

L. 9. §. 1. D. de c. c. d. c. n. s. (12, 4),
L. 38. §. 1. mandati (17, 1),
L. 12. D. de novat. (46, 2)

und namentlich der

L. 29. §. 1. und L. 25. §. 9. D. de aedil. edict. (21, 1),

auf Bewirkung der Liberation und Löschung der Hypothek gerichtet werden, was sich freilich, wenn es zur Execution kommt, in die Erstattung einer solchen Summe auflöst, mit welcher der Kläger selbst seine Liberation zu bewirken im Stande ist.

Ueber eine hier entstehende Schwierigkeit kann ich mich freilich erst weiter unten in §. 23. erklären.

Herr K. hätte dagegen von seiner Seite die Apotheke mit den gezogenen Nutzungen, nach Abzug einer seiner Thätigkeit angemessenen Entschädigung, zu restituiren oder diese Nutzungen sich compensando anrechnen zu lassen.

5) Einfacher gestaltet sich das Rechtsverhältniß bei der actio quanti minoris, obgleich auch hier der Maaßstab der Berechnung für die Herabsetzung des Kaufgeldes auf verschiedene Weise gedacht werden kann.

Der einfachste Maaßstab wäre offenbar die Herabsetzung des Kaufgeldes auf den wahren Werth der gekauften Sache, d. h. den Werth, den sie trotz der Mängel oder des Nicht-Vorhandenseins der dicta et promissa im Momente des Verkaufs hatte. Dieser Maaßstab muß nun auch überall angelegt werden, wo die Sache gerade genau zu dem Werthe verkauft ist, welchen sie ohne Mängel, oder bei Begründetheit der dicta et promissa haben würde. Allein wie, wenn sie entweder über oder unter dem Werthe verkauft ist, welchen sie im Falle des Vorhandenseins der ausbedungenen Eigenschaften haben würde, soll hier eine verhältnißmäßige Berechnung statt finden?

Ich will die praktische Wichtigkeit dieser Frage erst an einem kleineren Beispiele anschaulich machen. Nehmen wir z. B. an, daß Jemand eine Sache für 12 Thlr. verkauft, welche

wegen eines Fehlers nur 8 Thlr. werth ist, aber ohne den Fehler doch nur 10 Thlr. werth sein würde. Kann hier der Käufer 4 Thlr. zurückverlangen, weil er 12 Thlr. für eine Sache gegeben hat, die nur 8 Thlr. werth ist, oder muß man sagen: Der eigentliche Schaden, den er durch das Vorhandensein des Fehlers erleidet ist 2 Thlr.; die andern beiden Thlr. büßt er ein, nicht wegen des Fehlers, sondern weil er unvorsichtigerweise zu theuer gekauft hat?

In unseren Rechtsquellen ist diese Frage nicht speciell entschieden; aber eben deswegen kann ich mich auch nur für die einfache, und nicht für die künstliche Berechnung erklären. Dazu kommt, daß das ädilitische Edikt in seinem uns erhaltenem Wortlaute: „vel quo minoris, cum venirent, fuerint, in anno judicium dabimus“

L. 38. pr. vgl. mit §. 13. D. de aedil. edict. (21, 1),
L. 25. §. 1. D. de exc. rei judic. (44, 2),

geradezu auf den objectiven Werth der Sache zur Zeit des Kaufsabschlusses verweist, was die Juristen freilich gewöhnlich dadurch ausdrücken, daß prästirt werden müsse: „quanto minoris emturus fuissem, si id ita esse scissem“

L. 32. §. 1. D. de evict. (21, 1),

und daß daher auch bei der civilrechtlichen actio emti solche Ausdrücke, wie sie in den sub Nr. 2 (S. 13) citirten Stellen vorkommen, nur auf ein Kaufen zu dem wahren Werthe bezogen werden müssen. Es würde auch eine große Unbilligkeit sein, wenn der Verkäufer bei einem Handel, bei welchem die vorbedungenen Eigenschaften nicht vorhanden sind, dennoch einen Profit machen sollte. Es würde eine um so grellere Ungleichheit der Parteien entstehen, wenn der Verkäufer bei einem theuren Handel einen Profit machen könnte, während der Käufer bei einem wohlfeilen Handel in Folge der actio aestimatoria nie einen Profit machen kann. Denn darüber kann kein Zweifel sein, daß die actio quanti minoris hinwegfällt, wenn der Käufer eine Sache so wohlfeil gekauft hat, daß sie trotz der Fehler doch noch so viel werth ist, als der Käufer dafür gegeben hat;

Unterholzner Lehre von den Schuldverhältnissen 2. Bd. (Leipz. 1840) S. 278 Nr. 3.

obgleich er dann, wenn die Sache fehlerfrei gewesen wäre, einen bedeutenden Profit gemacht haben würde. Kehren wir daher das oben angeführte Beispiel dergestalt um, daß Jemand eine Sache für 10 Thlr. kauft, welche wegen eines Fehlers nur 8 Thlr. werth ist, aber ohne den Fehler 12 Thlr. werth sein würde, so kann der Käufer actione quanti minoris doch nur 2 Thlr. verlangen, obgleich die wahre Differenz zwischen der fehlerfreien und fehlerhaften Sache in 4 Thlr. besteht. Wenn also diese Differenz zu Gunsten des Käufers nicht in Anschlag gebracht wird, wie kann sie zu Gunsten des Verkäufers in Anschlag gebracht werden?

Erwägen wir ferner, daß auch bei der actio redhibitoria stets das gegebene Kaufgeld zurückgegeben wird, ohne Berücksichtigung des Umstandes, ob theuer oder wohlfeil verkauft worden ist,

L. 36. D. de aedil. edict. (21, 1) in verb. tunc cujusque mancipii pretium, seu pluris seu minoris id (sc. mancipium) esset, sequi debemus,

so können wir wohl mit Entschiedenheit sagen: der Käufer hat bei einem Verkaufe adversus dicta et promissa die Wahl, ob er die Sache ganz zurückgeben oder für den wahren Werth behalten will, und da wir im Uebrigen zwischen der civilrechtlichen actio emti quanti minoris und der ädilitischen actio quanti minoris die entschiedenste Uebereinstimmung finden, so müssen wir sie auch in diesem Punkte annehmen.

Herr K. kann demnach vorliegend Herabsetzung des Kaufpreises der 6500 Thlr. auf den wahren Werth der gekauften Apotheke zur Zeit des Verkaufes, mithin nach §. 3. Nr. 7 auf 3000 Thlr. verlangen, und wird sein petitum bei der actio quanti minoris

a) auf Bewirkung der Liberation resp. Löschung der Hypothek der dem Herrn B. versprochenen 3000 Thlr.;
b) auf Erstattung der an Herrn B. gezahlten Zinsen dieses Capitales, und endlich
c) auf Zurückerstattung von 500 Thlr., die Herr D. selbst empfangen hat, nebst landesüblichen Zinsen vom Tage der Zahlung an,

richten müssen.

6) Ja Herr K. würde selbst außer dieser Herabsetzung des Kaufgeldes noch den Ersatz eines jeden durch die Nicht-Erfüllung der dicta et promissa verursachten mittelbaren Schadens verlangen können.

L. 6. §. 4 D. de act. emt. (19, 1) „etiam id, quod eo nomine perdiderim, praestabis."

Jedoch kann ich aus den mir mitgetheilten Actenstücken nicht beurtheilen und glaube auch schwerlich, daß Herr K. einen solchen mittelbaren Schaden erlitten hat, da ein solcher überhaupt selten vorkommt, und daher auch in den meisten Stellen, selbst wo von einem dolus des Verkäufers die Rede ist, nicht berücksichtigt wird,

L. 13. §. 4. D. de act. emt. (19, 1), und sämmtliche oben sub Nr. 2 (S. 13) citirte Stellen,

indem das allein vorhandene Interesse nur in Herabsetzung des Kaufgeldes besteht.

7) Wenn aber Herr D. in dolo gewesen sein sollte d. h. wenn er dem Herrn K. die qu. Angaben über den Durchschnittsertrag mitgetheilt hätte, nachdem er schon Kenntniß von ihrer Unrichtigkeit erlangt hatte, dann wäre natürlich die civilrechtliche actio emti auf das volle Interesse begründet,

L. 13. §. 4. 14. D. de act. emt. (19, 1),
L. 45. D. de contr. emt. (18, 1),
cf. Pauli S. R. II, 17, 6,

und wenn dieser dolus Veranlassung zur Abschließung des ganzen Vertrages gegeben hätte, so würde es eben deshalb dem Käufer unverwehrt sein, auf Aufhebung des Kaufes anzutragen,

L. 11. §. 5. D. de act. emt. (19, 1),

weil der aus dem dolus causam dans entstandene Schaden nur auf diese Weise vollständig von dem Käufer abgewendet werden kann. Bei einer solchen, auf den dolus des Verkäufers gegründeten Klage würden denn natürlich alle die oben erwogenen Bedenklichkeiten hinwegfallen, und deshalb würde es rathsam sein, die Klage eventuell auch mit auf diesen dolus zu gründen.

Es entsteht zwar auch hier ein neues Bedenken. In dem Kaufvertrage vom 26. August 1845 (Anlage B) hat Herr K. nämlich ausdrücklich „der Einrede der listigen Ueberredung" entsagt, und dieser Verzicht könnte nach den Ausführungen in

§. 5. als zulässig erscheinen. Allein wenn Herr D. sich auf diesen Verzicht berufen wollte, so würde ihm die replica doli im Wege stehn, weil er den Herrn K. doloser Weise zu diesem Verzichte durch Verschweigen der ihm bekannten Wahrheit veranlaßt hat. Die bona fides verlangt Wahrheit und Aufrichtigkeit von den contrahirenden Parteien, und der dolos Handelnde kann sich auf einen Verzicht nicht berufen, wenn er nicht vor dem Verzichte seinem Mitcontrahenten die volle Wahrheit eröffnet hat.

Dieser Grundsatz geht aus mehreren speciellen Entscheidungen unserer Quellen mit Bestimmtheit hervor, von welchen ich nur auf folgende aufmerksam machen will.

a) Wenn der Verkäufer wissentlich einem unwissenden Käufer eine fremde Sache verkauft, und dabei ein pactum de non praestanda evictione abschließt, so kann der Käufer dennoch, trotz des pactum, Entschädigung wegen Eviction verlangen, weil der Verkäufer bei diesem Verzichte auf Evictionsleistung dolos gehandelt, d. h. dem Käufer die volle Wahrheit verschwiegen hat, deren Kenntniß ihn wahrscheinlich nicht bloß von der Eingehung dieses Verzichtes, sondern von der Eingehung des ganzen Vertrages abgehalten haben würde.

L. 6. §. 9. L. 11. §. 15. 18. i. f. D. de act. emt. (19, 1).

L. 69. §. 5. D. de evict. (21, 2).

b) Auf gleiche Weise wird ein Verzicht auf die ädilitischen Klagen entkräftet, wenn der Verkäufer ausmachte, daß er wegen einer bestimmten Krankheit nicht haften wolle, während er bereits wußte, daß das verkaufte Thier mit dieser Krankheit behaftet war, und dies dem unwissenden Käufer nicht eröffnete.

L. 14. §. 9. 10. D. de aedil. edict. (21, 1).

c) Ein Vorbehalt für etwaige auf dem verkauften Grundstücke ruhende Servituten nicht haften zu wollen, ist wirkungslos, sobald der Verkäufer wußte, daß und welche Servituten auf dem Grundstücke ruhten, und dies dem Verkäufer nicht speciell mittheilte.

L. 1. §. 1. L. 39. D. de act. emt. (19, 1) vergl. mit L. 13. §. 6. D. eod. (19, 1).

Daß nun in dem vorliegenden Falle der Verzicht auf die Einrede der listigen Ueberredung durch den dolus des D., d. h. durch dessen wissentliches Verschweigen der Wahrheit, veranlaßt ist, liegt klar zu Tage. Hätte Herr K. die Wahrheit gekannt, so würde er weder den Verzicht, noch vielleicht den ganzen Kaufcontract abgeschlossen haben; jedenfalls hätte er sich nicht zu diesem enormen Kaufpreise verstanden.

Solche Verzichte auf die Einrede der listigen Ueberredung sollten billigerweise aus den Vertragsurkunden verschwinden. Sie sind juristisch wirkungslos, und dienen nur dazu, einen in den Gesetzen nicht hinlänglich bewanderten, und mit der edlen Anwendung des Princips der bona fides von Seiten der römischen Juristen nicht gehörig vertrauten Richter irre zu führen, und ihn, gefesselt durch den Buchstaben der Urkunde, zu einem materiell ungerechten Urtheile zu verleiten.

§. 8.

Die bisherigen Erörterungen enthalten nun zugleich die Beurtheilung über

B. den Kaufcontract zwischen Herrn D. und Herrn B.

Es müßte hier das Nämliche über den Verzicht auf die Einrede der Verletzung über die Hälfte (§. 5.), über die ädilitischen Klagen (§. 6.) und über die civilrechliche actio emti (§. 7.) wiederholt werden.

Nur in dem einen Punkte gestaltet sich das Verhältniß noch günstiger, daß hier nämlich der Beweis des dolus bereits klar vorliegt, während Herr K. im Läugnungsfalle diesen Beweis gegen Herrn D. übernehmen müßte. Herr B. ist nämlich 25 Jahre lang Eigenthümer der A..schen Apotheke gewesen, und hatte, da er selbst das Geschäft betrieben hatte, aus eigener Wissenschaft die beste Kenntniß von der Durchschnittseinnahme. Wenn er nun über diesen so entscheidenden Punkt dem Käufer falsche Angaben machte, so muß man geradezu sagen: er hat diese falsche Angabe wissentlich gemacht, um dadurch einen höhern Kaufpreis zu erlangen. Wollte er sich aber mit einem Irrthume bei diesen Angaben entschuldigen,

so würde dies den juristischen Standpunkt nicht verändern. Denn Herr B. mußte, um bei einer so entscheidenden Angabe ganz sicher zu gehen, aus der wahren Quelle, d. h. aus seinen Geschäftsbüchern schöpfen, und wenn er dies nicht gethan, wenn er die Angaben nur aus dem Gedächtnisse gemacht hat, und dabei ein Irrthum vorgefallen ist, so liegt unverkennbar eine culpa lata vor, die dem dolus nach bekannten Rechtsgrundsätzen gleichgesetzt wird.

L. 226. D. de V. S. (50, 16).

L. 32. D. depositi (16, 3).

Es muß dies um so mehr angenommen werden, da Herr B., in dem, mir erst jetzt nachträglich im Originale mitgetheilten Briefe vom 30sten Januar 1845 die in Frage stehende Zusicherung, das dictum im juristischen Sinne, in folgenden Worten ertheilt hat:

„Die jährliche Einnahme des reinen Medicinalgeschäftes kann ich nach meinen Büchern und nach einem Durchschnitt der letzten 5 Jahre gegen 1000 Thaler berechnen.“

Herr B. bezieht sich hier ausdrücklich auf seine Bücher, und kann sich deshalb um so weniger auf einen vorgefallenen Irrthum berufen.

Ueber die Einrichtung des Klagpetitum brauche ich mich hier nicht weitläufiger zu erklären, da dieser Punkt für den jetzigen Stand der Sache und für Herrn K. irrelevant ist.

§. 9.

Ich kann mich daher sofort

C. zu den Rechtsbeziehungen, in welche Herr B. durch den Beitritt zu dem Kaufcontracte vom 26sten August 1845 (Anlage B), zu dem Herrn D. einer- und zu dem Herrn K. andererseits getreten ist

wenden, und gerade dies ist die wichtigste, aber auch zweifelhafteste Seite des vorliegenden Rechtsfalls. Welch ein Rechtsverhältniß ist durch den gedachten Beitritt des Herrn B. ins Leben gerufen?

Man kann nach oberflächlicher Durchlesung der Vertragsurkunde (Anlage B) möglicherweise auf 4 verschiedene Rechts-

verhältnisse verfallen, nämlich Cession, Correalobligation, constitutum debiti alieni und Delegation.

Ich will diese Verhältnisse erst einzeln kurz charakterisiren, um dadurch die Beantwortung der Frage: welch ein Rechtsverhältniß von den Parteien wirklich beabsichtigt worden ist? vorzubereiten und zu erleichtern.

1) Eine Cession wäre folgendermaaßen zu denken. Herr D. hat eine Kaufgeldsforderung von 3000 Thlrn. gegen Herrn K. Er selbst schuldet aber dem Herrn B. gleichfalls 3000 Thlr. und giebt deshalb seine Forderung gegen Herrn K., seinem Gläubiger B. an Zahlungsstatt, ein Fall, der z. B. in

L. 3. C. de novat. (8, 42)

in den Worten: „quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones" erwähnt wird. Dann hätte Herr D. damit seine Schuld getilgt, und Her B. würde nur berechtigt sein, als Cessionar des Herrn D. gegen Herrn K. zu klagen.

2) Eine Correalobligation würde zu folgenden Resultaten führen. Herr D. ist dem Herrn B. 3000 Thlr. schuldig, und hat seinerseits an K. 3000 Thlr. zu fordern. Er ertheilt deshalb dem Letztern den Auftrag, dem Obligationsverhältnisse zwischen ihm und Herrn B. als Correalschuldner beizutreten. Herr B. hat daher die Wahl, ob er Herrn D. oder Herrn K. auf Bezahlung der 3000 Thlr. belangen will. Herr K. ist aber durch die bloße Uebernahme der Correalobligation von seinem Gläubiger D. noch nicht liberirt. Eine solche Liberation würde erst durch Zahlungsleistung an Herrn B. eintreten. Denn wenn Letzterer seinen Schuldner D. in Anspruch nähme, und von diesem Zahlung erhielte, so würde natürlich Herr D. von Herrn K. die Zahlung der 3000 Thlr. verlangen können.

3) Bei dem constitutum debiti alieni würde Herr K. als Constituent dem Obligationsverhältnisse zwischen dem Herrn B. und D., im Auftrage des Letzteren beitreten, wodurch dann dieselben Resultate, wie sie so eben bei der Correalobligation auseinander gesetzt sind, hervorgebracht würden.

4) Bei der Delegation würden sich endlich die Verhältnisse einfach folgendermaaßen gestalten:

Herr K. hört auf Schuldner des Herrn D., und Herr D. Schuldner des Herrn B. zu sein. An die Stelle dieser beiden Obligationen tritt eine einzige neue, die Forderung des Herrn B. an Herrn K.

§. 10.

Wenn nun die Frage aufgeworfen wird: welches dieser vier verschiedenen Verhältnisse haben denn die Parteien beabsichtigt, so muß ich mich ganz entschieden für die Delegation erklären, trotz dem daß unter dieser Voraussetzung die Herrn Verfasser der §. 1 sub 11 und 12 erwähnten Gutachten Herrn K. zur Zahlung der 3000 Thlr. an Herrn B. für verpflichtet erachten. Für die Delegation sprechen indessen sowohl allgemeine als besondere Gründe.

I. Aus allgemeinen Gründen würde man die Delegation anzunehmen geneigt sein

1) wegen ihrer Einfachheit, Natürlichkeit und Angemessenheit für Fälle der vorliegenden Art, wodurch auch ein Laie von selbst auf dieses Verhältniß hingeführt werden muß;

2) die practische Erwägung, daß auch in den meisten Fällen dieser Art, wie ich aus meiner Praxis als Advocat hinsichtlich der gerichtlichen Verlassungen in meiner Vaterstadt Braunschweig bezeugen kann, die Gläubiger ausdrücklich den alten Schuldner aus seinem bisherigen Obligationsnexus entlassen, und dafür den neuen Schuldner annehmen, d. h. mit andern Worten eine Delegation vornehmen.

II. Die besonderen Gründe sind aus der ganzen Fassung der hier in Betracht kommenden Urkunden zu entnehmen. In dieser Hinsicht sind vorzugsweise folgende Bestimmungen von Wichtigkeit:

1) Daß die Parteien die Absicht hatten, durch den neuen Vertrag vom 26sten August 1846 das alte Obligationsverhältniß zwischen Herrn B. und D. aufzulösen, geht aus folgender Bestimmung des Kaufcontractes vom 26sten August 1845 (Anlage B) argumento a contrario deutlich hervor:

„Sollte dem Herrn Käufer die Concession zur Betreibung des Geschäftes nicht gewährt werden, so ist der Kaufcontract aufgehoben und ungültig, und die etwa

angezahlten 100 Thlr. sollen ihm dann von dem Herrn Verkäufer zurückgezahlt werden. Es bleiben in diesem Falle alle Verabredungen zwischen Herrn Apotheker B. und Herrn Apotheker D. genau so gültig, wie sie in dem Kaufcontracte vom 17ten Mai c. niedergeschrieben sind."

Das Verhältniß zwischen dem alten und neuen Kaufcontracte ist hier klar angedeutet. Tritt der neue Kaufcontract, durch Erfüllung der gedachten Bedingung ins Leben, so erlischt der alte Kaufcontract; tritt aber die Bedingung nicht ein, so dauert der alte Kaufcontract fort. Wenn also auf diese Weise Herr D. aus dem bisherigen Obligationsnexus ausscheiden, und seinem Gläubiger einen neuen Schuldner substituiren will, so ist dazu natürlich die Genehmigung des Gläubigers nothwendig. Diese Genehmigung ist aber

2) in den Anfangsworten des Vertrages vom 26sten August 1845 „der Herr Apotheker D. allhier legt zu Gunsten des Herrn K., mit Genehmigung des Herrn B., soweit derselbe dabei betheiligt ist, die ihm von der höchsten Landesbehörde bewilligte Apotheker- sowie auch die damit verbundene Material-Concession nieder, und verkauft an denselben u. s. w.," ausdrücklich ertheilt. An und für sich war aber Herr B. bei dem Verkaufe gar nicht betheiligt. Er behielt trotz des Verkaufes sein Pfandrecht und seinen alten Schuldner. Er wird aber bei dem Verkaufe betheiligt, sobald ihm der Käufer als neuer Schuldner substituirt werden soll. Nun muß er den neuen Schuldner als solchen annehmen, und als Mitcontrahent auftreten. Daher erklärt es sich ganz natürlich, daß Herr B. den Vertrag vom 26sten August 1845 als Mitcontrahent unterzeichnet hat, und daß an dem qu. Kaufvertrage statt zweier drei Contrahenten participiren;

3) daß ferner die Parteien das Verhältniß des Herrn K. zu Herrn B. als ein unmittelbares, und nicht erst durch Cession vermitteltes oder als ein Correalobligationsverhältniß betrachteten, geht auch aus folgender Erklärung im Protokolle vom 3ten Februar 1846 (Anlage D) hervor:

„Zu bemerken ist nur noch, daß die Comparenten die zu Nr. 3 gestellte Bedingung in allseitiger Ueberein-

stimmung dahin erläutert haben, daß dem Herrn Apotheker B. wegen der dem Herrn Apotheker K. dargeliehenen 3000 Thlr. außer dem reservirten Eigenthumsrechte auch eine Hypothek auf die verkaufte Apotheke eingeräumt werden solle."

Die Parteien betrachten demnach den Herrn K. wie einen Darlehnsschuldner, mithin als einen Hauptschuldner, und keineswegs als Jemanden, der einer fremden Schuld als Constituent oder Correalschuldner beitritt, und Herr B. kommt bei einer solchen Auffassung natürlich als Hauptgläubiger in Betracht, d. h. als Jemand, der sein Forderungsrecht unmittelbar durch seine eigenen Handlungen begründet, und es nicht erst durch Cession von einem Dritten ableitet. Das Protokoll vom 3ten Februar 1846 muß aber jedenfalls mit in Betracht gezogen werden, da die ursprüngliche Vertragsurkunde, die Anerkennung des Vertrages vor Gericht und die gerichtliche Confirmation des Vertrages, wodurch erst Letzterer seine wahre Perfection erlangt, als ein zusammengehörendes Ganze betrachtet werden müssen.

4) Die Parteien haben ferner gar nicht daran gedacht, daß Herr K. auch die qu. 3000 Thlr. möglicherweise an Herrn D. zahlen könnte. Denn es ist ja von Anfang an sofort bei der Festsetzung des Kaufgeldes eine scharfe Scheidung aufgestellt: 2500 Thlr. sollen an Herrn D. baar gezahlt, 3000 Thlr. an Herrn B. übernommen, und nach erfolgter Kündigung gezahlt werden.

5) Herr B. erwartet die Zahlung auch gar nicht mehr von Herrn D. Herr K. wird in dem Vertrage als Derjenige erwähnt, der die Zinsen der 3000 Thlr. zu zahlen hat, dessen Nachlässigkeit im Zahlen das Recht zur Kündigung herbeiführt, ohne daß auch nur die leiseste Hindeutung darauf vorkommt, daß neben ihm auch Herr D. noch zur Zinszahlung und eventuellen Rückzahlung des Capitales verpflichtet sein soll. Es kann dies

6) um so weniger die Absicht der Parteien gewesen sein, da in dem qu. Vertrage festgesetzt ist, daß 2000 Thlr. auf 3 Jahre, und 1000 Thlr. auf 2 Jahre ohne Kündigung stehen bleiben sollen, was natürlich vom Tage des Vertrages, dem

26sten August 1845 zu berechnen ist, während in dem ersten Vertrage vom 27sten Mai 1845 3000 Thlr. auf 3 nacheinander folgende Jahre creditirt sind. Wollte man nun beide Contracte neben einander fortbestehen lassen, so würden für dieselbe Forderung ganz verschiedene Kündigungsfristen vorkommen, ein complicirtes Verhältniß, welches augenscheinlich von den Parteien nicht beabsichtigt worden ist.

Bringt man nun alle diese Thatsachen, von welchen manche schon einzeln beweiskräftig genug sind, in Verbindung mit einander, so kann über die Absicht einer Delegation gewiß auch nicht der mindeste Zweifel obwalten. Denn wir treffen Hindeutungen auf alle einzelne Erfordernisse der Delegation, nämlich:

1) daß der Delegat in ein unmittelbares Verhältniß zu dem Delegatar tritt (Nr. 3);
2) daß der Delegat nicht an den Deleganten, sondern nur an den Delegatar Zahlung leisten soll (Nr. 4);
3) daß durch die Delegation das Forderungsverhältniß zwischen Deleganten und Delegatar getilgt sein soll (Nr. 1 und 5); und
4) daß überhaupt die neue Obligation an die Stelle der alten Verhältnisse treten soll (Nr. 1, 2 und 6).

§. 11.

Da nun aber in dem vorliegenden Falle die Delegation mit einer Novation verbunden sein würde, so kann hierbei die Frage nicht umgangen werden, ob eine Novation trotz der

L. 8. C. de novat. et deleg. (8, 42)

angenommen werden kann? Durch diese Verordnung Justinians ist bekanntlich die Streitfrage entstanden: ob der animus novandi nur ausdrücklich oder auch stillschweigend erklärt werden kann? Die strengere Partei unter den neueren Juristen verneint die Möglichkeit einer novatio tacita,

Höpfner Institutionencommentar §. 989.
Thibaut Pandectensystem §. 595 Not. r.
Dabelow Pandecten 2ter Theil 2te Abthl. §. 1410. Note g und s.

Bucher System der Pandekten 3. Aufl. §. 353. Not. 2. und Recht der Forderungen 2. Aufl. §. 169. Not. 5.

Valett Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts §. 505. Not. 79.

Mackeldey Lehrbuch §. 496.

Roßhirt gemeines deutsches Civilrecht 2ter Theil S. 400 und 401.

Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht 2r Bd. 2te Abthl. S. 245 und 246.

v. Vangerow Leitfaden 3ter Bd. ad §. 619. und die beiden Abhandlungen von

Hepp im Archiv für civ. Praxis 15ter Bd. Abh. 11.

Sintenis in Linde's Zeitschrift 9ter Bd. Abthl. 5.

während die mildere Partei eine solche zuläßt, indem sie davon ausgeht, daß Justinian nur die früheren Präsumtionen für eine Novation aufgehoben habe.

Hufeland Lehrbuch des gemeinen Civilrechts 1r B. §. 624, Not. b.

A. D. Weber Erläuterungen der Pandekten 2r Th. ad §. 1925 a. E.

Seuffert Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts §. 293, Not. g,

v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts 2r Bd. §. 247, Not. y,

Mühlenbruch Lehrbuch der Pandekten 2ter Th. §. 475, Not. 14.

Puchta Pandekten §. 291 Not. h und dessen Vorlesungen 2ter Th. S. 141.

Unterholzner Lehre von den Schuldverhältnissen 1r Bd. §. 290. Nr. V,

und besonders

Löhr in seinem und Grolmans Magazine 4r Bd. Nr. 3.

Die Praxis ist über diese Frage im Schwanken, indem z. B. nach

Richter Aufsätze über verschiedene Rechtsfragen ꝛc. S. 131—133,

die würtembergische Praxis sich zur Anerkennung der novatio tacita hinneigt, während neuerdings

v. Hufnagel Mittheilungen aus der würtembergischen Praxis, Tübingen 1846, Nr. 4,

mehrere einer entgegengesetzten Richtung huldigende Urtheile mitgetheilt hat. Dagegen war die Hannöversche Praxis für die novatio tacita,

Struben rechtliche Bedenken IV Nr. 50.

Nach reiflicher Prüfung muß ich mich unbedingt der milderen Ansicht anschließen, zumal diese offenbar dem praktischen Gefühle am meisten entspricht, das nur widerstrebend den klaren Willen der Parteien einem bloßen Formfehler aufopfern wird. Ich glaube indessen sogar, daß sich selbst alle vier Elemente der Interpretation, das grammatische, logische, historische und systematische zur Gewinnung des diesseitigen Resultates vereinigen. Was zuvörderst

1) den historischen Zusammenhang anbetrifft, so erfahren wir darüber aus

§. 3 J. quib. mod. toll. obl. (3, 30.)
Theophil. paraphr. ad §. 3 cit.
Gaj. III. §. 176—179.

Folgendes. Der animus novandi war ein wesentliches Requisit einer jeden novatio. Er konnte mit ausdrücklichen Worten erklärt werden, oder aus den Umständen des einzelnen Falles zu entnehmen sein. Die römischen Juristen gingen aber noch weiter, und stellten im Voraus für Fälle gewisser Art eine praesumtio für die Novation auf, so daß dann eintretenden Falls eine Novation angenommen wurde, ohne zu untersuchen, ob in concreto irgend ein concludentes Factum vorliege, aus welchem auf den animus novandi der Parteien hätte geschlossen werden können. So wurde z. B. der animus novandi präsumirt, sobald der Gläubiger, dessen Forderungsrecht nicht durch eine stipulatio entstanden war, das geschuldete Object von demselben Schuldner stipulirte.

Theophil. l. c.

Das Schlimmste bei diesen Präsumtionen war nun, daß darüber keine Einstimmigkeit unter den Juristen herrschte.

§. 3 J. cit.

Justinian fand daher eine schwankende Praxis vor. Um diesem Zustande ein Ende zu machen, gab es nun einen dop-

pelten Weg, entweder die Präsumtionen genau festzustellen, oder sie ganz aufzuheben. Justinian hat den letztern Weg erwählt, wie

2) der logische Zusammenhang der L. 8 C. cit. genau nachweist. Fassen wir zuvörderst

a) den vorletzten Satz ins Auge:

„Et generaliter definimus, voluntate solum esse non lege novandum, etsi non verbis exprimatur, ut sine novatione . . . causa procedat.“

so ist hier der Gegensatz zwischen einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Willenserklärung, und einer gesetzlichen Präsumtion nicht zu verkennen. Die Präsumtionen der alten Juristen hatten ja längst durch das s. g. Valentinianische Citirgesetz Gesetzeskraft erhalten. Diese Legalnovationen sollten nun abgeschafft werden; nur der in concreto zu erforschende Wille der Parteien sollte künftig im Stande sein, eine Novation zu bewirken, und es solle am allerwenigsten eine Novation angenommen werden, weil die Parteien nicht ausdrücklich erklärt hätten, daß sie keine Novation beabsichtigten.

b) Zu demselben Resultate führen die Schlußworte:

„Hoc enim naturalibus inesse rebus volumus et non verbis extrinsecus supervenire.“

Hiernach soll der animus non novandi zu den s. g. naturalia negotii gehören. Die naturalia negotii können aber von den Parteien ausdrücklich oder stillschweigend abgeändert werden, so daß auch diese Wendung wieder auf die Zulässigkeit einer tacita novatio hindeutet.

c) Damit harmonirt nun auch die ratio legis, mit welcher Justinian seine Constitution eröffnet:

Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris juris ambiguitates resecantes sancimus etc.

d. h. „Um die verderbliche Masse der Novationen zu beschränken, und die Schwankungen des alten Rechtes zu beseitigen“ u. s. w. Beides geschieht, sobald wir die novatio praesumta verwerfen. Nehmen wir aber auch die Verwerfung der novatio tacita an, so hätte Justinian nicht bloß die Schwankungen des alten Rechts beseitigt, sondern einen ganz unbezwei-

selten Rechtssatz aufgehoben, ohne daß eine Nothwendigkeit dazu vorhanden gewesen wäre.

d) Die Aufhebung der novatio praesumta läßt sich sogar als ein Ausfluß des bekannten Grundsatzes, daß die Fortdauer eines Rechtsverhältnisses so lange präsumirt wird, bis die Aufhebung klar nachgewiesen wird, juristisch rechtfertigen, während die Aufhebung der novatio tacita eine Maaßregel legislatorischer Willkühr wäre.

Die bisherige Harmonie des geschichtlichen und logischen Standpunktes wird nun aber

3) durch das grammatische Element bedrohet, indem vor den Worten: „Et generaliter“ der Satz voraufgeht, daß keine Novation anzunehmen sei; „nisi ipsi (d. h. die Parteien) specialiter remiserint quidem priorem obligationem et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint.“

Auf dieses Argument, und nur allein auf dieses stützen sich denn auch die Anhänger der strengen Ansicht, indem sie davon ausgehen, daß unter dem exprimere eine wörtliche Erklärung zu verstehen sei. Allein dann läge doch, abgesehen von der Willkührlichkeit dieser Verfügung, unverkennbar ein Widerspruch zwischen diesem Satze und den oben sub 2 interpretirten Schlußsätzen vor, indem Justinian in derselben Constitution dicht hintereinander in dem einen Satze eine novatio tacita aufhöbe, und in dem anderen zuließe.

Sollte es hier keinen Ausweg geben, um den Gesetzgeber mit sich selbst in Einklang zu bringen?

Ein solcher Ausweg bietet sich auf ganz natürliche und ungezwungene Weise dar, sobald man nur darauf achtet, daß der Ausdruck exprimere an sich unbestimmt ist, wie unser deutsches Wort: ausdrücken. Ich kann meinen Willen durch die verschiedenartigsten Mittel ausdrücken oder an den Tag legen, durch Worte, Schrift, Geberden, Handlungen u. s. w. Nehmen wir nun die Sätze im Zusammenhange, so ist es gewiß das Natürlichste wegen des folgenden: et generaliter definimus voluntate solum esse non lege novandum, bei den voraufgehenden Worten: et hoc expresserint die Worte „quovis voluntatis indicio“, wie sie z. B. in

L. 77. §. 3. D. de condit. et dem. (35, 2) vorkommen, zu suppliren, statt mit den Gegnern ein verbis exprimere anzunehmen. Beide Ergänzungen sind möglich; aber die erstere hat den entschiedenen Vorzug, daß nun eine vollständige Harmonie zwischen den Worten und Gedanken Justinians vorliegt, und seine Verfügung als eine vernünftige, zweckmäßige und juristisch zu rechtfertigende erscheint. Für diese Interpretation spricht endlich noch

4) der systematische Zusammenhang. Wir besitzen nämlich

a) eine Relation der L. 8. C. in §. 3. J. de novat. (3, 29), wo die alten praesumtiones und das exprimere der Justinianeischen Constitution geradezu in Gegensatz gestellt werden, der als ein wahrhaft logischer nur erscheint, wenn man das exprimere auf eine jede Willenserklärung im speciellen Falle bezieht.

b) In den Pandekten wird in vielen Stellen der animus novandi erfordert:

L. 22. 24. 28. 30. 31 pr. D. de novat. et delegat. (46, 2), vergl. mit L. 9. pr. 32. D. eod. L. 71. pr. D. pro socio (17, 2),

in anderen Stellen heißt es: es trete eine Novation ein: si hoc actum est,

L. 2. L. 8. §. 1. 2. 5. L. 26. D. eod. (46, 2);

wir finden Beispiele, wo eine Novation verneint wird, quia non hoc agitur, ut novetur,

L. 6. pr. L. 7. L. 8. §. 3. D. h. t. (46, 2),

und endlich wird hin und wieder sogar von einem specialiter actum esse geredet,

L. 29. L. 31. §. 1. D. de novat. (46, 2),
L. 58. D. de V. O. (45, 1).

Das id quod actum est, d. h. die eigentliche Absicht der Parteien, im Gegensatze zu dem id quod dictum est

cf. L. 6. §. 1. D. de contrah. emt. (18, 1),
„in emtis enim et venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit, sequendum est“

kann aber durch beliebige Thatsachen aus den Umständen des einzelnen Falles bewiesen werden. Ein Beweis ist nur dann

nicht nothwendig, wenn eine Präsumtion für das id quod actum est vorhanden ist, wie z. B. in

L. 30. D. de J. D. (23, 3).

„Dotem, quae in prius matrimonium data est, non aliter converti in posterius matrimonium dicendum est, quam cum hoc agitur, dum hoc agi semper interpretemur, nisi probetur aliud convenisse.“

Die alten Juristen hatten nun allerdings, wie sub 1 nachgewiesen, solche Präsumtionen für gewisse Fälle aufgestellt. Allein in den Justinianeischen Pandekten finden wir, offenbar in Folge absichtlicher Interpolation, nicht einmal Spuren dieser alten Präsumtionen mehr. Aus den Pandekten in ihrer jetzigen Gestalt wäre daher nur das Resultat abzuleiten, daß das id quod actum est in jedem speciellen Falle eines Beweises durch Worte oder concludente Handlungen bedürfe. Die Pandekten führen daher zu demselben Resultate, zu welchen Codex und Institutionen führen, während die Anhänger der strengeren Partei gezwungen sind, sämmtliche erwähnte Pandektenstellen stillschweigend einer Restrictivinterpretation zu unterwerfen.

Was endlich die wenigen Pandektenstellen anbetrifft, wo von einem specialiter actum esse geredet wird, so haben viele Juristen darin mit Unrecht Spuren einer Interpolation erblickt. Diese Stellen bezogen sich vielmehr auf solche Fälle, wo keine Präsumtion für die Novation existirte, wo daher der animus novandi der Parteien in dem speciellen Falle besonders nachzuweisen war.

§. 12.

Eine Novation in unserem vorliegenden Falle läßt sich aber selbst vom Standpunkte der strengeren Theorie aus rechtfertigen. Wenn man nämlich auch das Wort exprimere für identisch mit „verbis exprimere“ nehmen wollte, so hat doch Justinian keinenfalls eine bestimmte Formel vorgeschrieben. Es muß also jedenfalls genügen, und als eine wörtliche Erklärung betrachtet werden, wenn der animus novandi aus den gebrauchten Worten, also namentlich aus der Fassung des Vertrages hervorgeht.

Vgl. besonders Roßhirt das gemeine Civilrecht 2r B. S. 400 u. 401.

Dies ist aber entschieden vorliegend der Fall. Auch ohne die allgemeinen Gründe zur Unterstützung hinzuzunehmen, sind die §. 10 II. angegebenen Gründe vollkommen hinreichend, um in dem Leser des Vertrages die Ueberzeugung hervorzurufen, daß die Contrahenten eine wahre delegatio cum novatione beabsichtigt haben. Es wäre eine Wortjurisprudenz sonder gleichen, wenn man verlangen wollte, daß ausdrücklich im Contracte stehen müßte: „die neue Obligation sollte an die Stelle der beiden alten Obligationen treten," und wenn man sich widrigenfalls über die in den Worten des Vertrages klar enthaltene Absicht der Parteien hinwegsetzen wollte. Ich muß daher, von allen Seiten betrachtet, das Resultat als unzweifelhaft annehmen:

> daß der qu. Vertrag vom 26. August 1845 (Anl. B) eine mit einer Novation verbundene gültige delegatio enthält,

und zwar haben wir es hier mit dem gewöhnlichsten Falle einer Delegation zu thun, mit den Falle, wo ein Schuldner dem Gläubiger seines Gläubigers von Letzterem überwiesen wird.

§. 13.

Durch die vorstehenden Erörterungen ist nun die dem Hrn. B. gegen Hrn. K. zustehende Klage bereits charakterisirt. Es ist die Klage des Delegatars gegen den Delegaten, die bei den Römern durch stipulatio und bei uns durch einfaches pactum zwischen Delegatar und Delegaten vermittelt wird. Es entsteht daher nun die wichtige Frage: ob und welche Einreden dem Herrn K. gegen diese Klage zu Gebote stehen?

Nach der gewöhnlichen Darstellung in unseren gangbarsten Compendien sollte man glauben, daß bei der Forderung des Delegatars gegen den Delegaten auf die früheren Verhältnisse überall keine Rücksicht mehr genommen würde, und daß dem Delegaten nichts weiter übrig bleibe, als eintretenden Falls seinen Regreß gegen den Deleganten zu nehmen. Allein diese Lehre ist in solcher Allgemeinheit ganz und gar unbegründet.

Man muß vielmehr bei einer Delegation der vorliegenden Art zwei Fragen scharf von einander trennen:

1) Kann der Delegat dem Delegatar die Einreden opponiren, welche er, der Delegat, dem Deleganten hätte opponiren können?

2) Kann der Delegat dem Delegatar die Einreden opponiren, welche der Delegant dem Delegatar hätte opponiren können?

Ehe ich jedoch zur speciellen Beantwortung dieser beiden Fragen übergehe, muß ich die Bemerkung voraufschicken, daß die Delegation nicht nothwendigerweise solvendi causa vorgenommen zu werden braucht, daß sie vielmehr nach der bekannten Trichotomie auch credendi oder donandi animo vorgenommen werden kann. Der Delegant will z. B. dem Delegatar ein Geschenk von 100 Thlr. machen, und delegirt ihm deshalb seinen Schuldner auf 100 Thlr., oder der Delegant wird von dem Delegatar um ein Darlehn ersucht, und weil er kein baares Geld vorräthig hat, so delegirt er seinen Schuldner.

Auf dieselbe Weise kann der Delegat sich credendi solvendi oder donandi causa auf die Delegation einlassen. Denn es ist zum Begriffe der Delegation gar nicht nothwendig, daß der Delegat Schuldner des Deleganten ist.

Was nun zuvörderst

ad I., die erste Frage anbelangt, so finden wir folgende specielle Entscheidungen darüber in unseren Quellen.

1) Wenn der Delegatar Gläubiger des Deleganten war, und die Delegation solvendi causa vorgenommen wird, so kann der Delegant dem Delegatar keine Einreden opponiren, welche er dem Deleganten hätte opponiren können.

„Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est“ L. 19. D. de novat. et delegat. (46, 2).

Wenn daher Jemand sich als Schuldner irrthümlich dem Gläubiger seines Gläubigers überweisen läßt, so wird ihm kein Schutz gegen den Delegatar ertheilt; er kann nur den Deleganten, welchen er von einer Schuld befreit hat, condictione indebiti belangen, und zwar falls er dem Delegatar bereits Zahlung geleistet hat, condictione indebiti certi auf Erstat-

tung dieser Summe, oder falls er noch nicht gezahlt hat, condictione indebiti incerti auf Liberation, d. h. daß der Delegant ihn von der dem Delegatar gegenüber übernommenen obligatio befreie.

L. 12. D. de novat. et deleg. (46, 2).

Auf dieses Klagerecht wird auch in folgenden allgemeiner gehaltenen Stellen verwiesen:

L. 13. D. de novat. (46, 2),
L. 4. §. 20. D. de doli mali exc. (44, 4),
L. 2. C. de condict. indeb. (4, 5).

Diese strenge Haftverbindlichkeit des Delegaten dem Delegatar gegenüber wird dadurch gerechtfertigt, daß der Gläubiger nur sein Forderungsrecht realisire, und verlange, was ihm von Rechtswegen gebühre,

L. 12. D. de novat. (46, 2) „creditor suum recepit",
L. 1. §. 10. D. quar. rer. act. (44, 5),
L. 26. §. 12. D. de condict. ind. (12, 6),
cf. L. 21. D. de donat. (39, 5),
L. 5. §. 5. D. de doli mali exc. (44, 4),

während man von ihm nicht verlangen könne, daß er jedesmal, wenn er von seinem Schuldner statt baarer Zahlung einen neuen Schuldner annehme, erst vorher genaue Erkundigung über das zwischen dem Deleganten und Delegaten obwaltende Rechtsverhältniß einziehe,

„quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum, qui delegatus est et debitorem actum est."

L. 19. D. de novat. et deleg. (46, 2).

b) Wenn ein Schuldner dem Ehemanne dotis constituendae causa delegirt wird, so kann er gleichfalls dem Ehemanne als Delegatar keine Einreden opponiren, welche er dem Deleganten hätte opponiren können.

L. 9. §. 1. D. de c. c. d. c. n. s. (12, 4),
L. 78. §. 5. L. 46. §. 2. L. 69. §. 6. D. de J. D. (23, 3),
L. 4. §. 21. D. de doli mali exc. (44, 4),
L. 41. pr. D. de re judic. (42, 1).

Gerechtfertigt wird dies auf folgende Weise: „maritus suum negotium gerit et nihil dolo facit, nec decipiendus est, si cogatur indotatam uxorem habere."

Es waltet hierbei der bekannte Gesichtspunkt ob, daß der Ehemann, auch wenn ihm eine dos voluntaria constituirt wird, nicht als Donatar gilt. Die dos wird ihm als Aequivalent für die onera matrimonii, die er zu bestreiten hat constituirt; er empfängt sie insofern ex causa onerosa, und wird daher dem creditor gleich behandelt, qui suum recepit.

Vergl. L. 47. pr. D. mandati (17, 1),
L. 43. §. 1. D. de adm. tut. (26, 7),
L. 15. D. quib. ex caus. in poss. (42, 4).

Streng genommen könnte man nämlich sagen, der Ehemann wird durch die Constitution der dos ad restituendum obligirt. Wenn ihm daher, dotis constituendae causa, ein Schuldner delegirt wird, so ist dies eine Delegation credendi causa, und es würde die sub a angeführte strenge Haftverbindlichkeit nicht eintreten. Allein dennoch wurde dieser Fall, nach der so eben geschilderten Auffassung der Verhältnisse, im Interesse der dos, einer delegatio solvendi causa gleich behandelt.

c) Wenn dagegen der Delegant dem Delegatare donandi causa Jemanden überwiesen hat, der sich irrthümlich für den Schuldner des Deleganten hielt, so kann sich der Delegat allerdings mit einer exceptio doli gegen den Delegatar schützen, und selbst condictione indebiti incerti auf Liberation klagen.

L. 7. pr. D. de doli mali exc. (44, 4),
L. 2. §. 3. D. de donat. (39, 5).

Es tritt hier nämlich der obige Grund nicht ein: creditor suum recepit, und der Donatar, der nur auf ein lucrum ausgeht, verdient nicht dieselbe Berücksichtigung als Gläubiger und Ehemann, die auf dem Wege der Delegation ihre wohlbegründete Forderung und resp. das Aequivalent für die onera matrimonii einziehen wollen. Wenn dies nun von dem Falle gilt, wo der Delegat überall nicht Schuldner des Deleganten war, so muß es natürlich auch von dem Falle gelten, wo der Delegat zwar ipso jure Schuldner ist, aber durch eine exceptio per-

emtoria geschützt wird. Nam quid interest, utrum ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur?

L. 112. D. de R. J. (50, 17).

Wir haben daher damit den wichtigen Satz gewonnen, daß der Delegat dem Delegatar alle Einreden opponiren kann, welche er dem Deleganten hätte opponiren können, falls der Delegatar Donatar des Deleganten ist.

Dieser letztere Punkt muß uns aber zu der richtigen Behandlung des vorliegenden Falles hinüberleiten. Kann man denn wohl von Herrn B. mit Recht behaupten: creditor suum recepit?

In dem Momente, als die in Frage stehende Delegation vorgenommen wurde, hatte Herr B. zwar aus dem Kaufcontracte vom 27. Mai 1845 eine Forderung auf rückständige Kaufgelder zum Betrage von 3000 Thlr. Allein da er adversus dicta et promissa, und sogar dolose verkauft hatte, so war Herr D. zur Zahlung nicht verpflichtet. Er war einestheils in Folge des ädilitischen Edictes durch die exceptio redhibitoria und quanti minoris

L. 59. pr. §. 1. D. de aedil. edict. (21, 1)

und anderentheils nach den Principien des Civilrechts durch die exceptio doli geschützt.

Von einer Verjährung der ädilitischen exceptiones konnte damals, wenn man überhaupt auch die Einreden mit verjährtem Klagrechte untergehen lassen wollte, was bekanntlich von den angesehensten Rechtsgelehrten verneint wird,

v. Savigny's System 5r Bd. S. 424 fgg.

nicht die Rede sein, da die qu. Delegation 3 Monate nach dem Verkaufe vorgenommen wurde. Zur Zeit der Delegation war also der Delegant durch exceptio redhibitoria, quanti minoris und doli vollständig gegen den Delegatar geschützt. Auf dieselbe Weise wäre aber auch Herr K. geschützt gewesen, wenn wegen der 3000 Thlr. Kaufgelder keine Delegation vorgenommen, sondern er sie einfach seinem Verkäufer Hrn. D. schuldig geblieben wäre.

Herr B. war daher nur dem Namen, nicht aber dem praktischen Gehalte nach Gläubiger, quia nihil interest, utrum ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.

L. 112. D. de R. J. (50, 17).

Seine Forderung war daher eine Scheinforderung, und wenn ihm ein neuer Schuldner überwiesen wurde, so konnte man eben so wenig wie bei einer Zahlung sagen: creditor suum recepit. Wenn aber der Donatar sich alle Einreden gefallen lassen muß, die gegen den Deleganten opponirt werden konnten, so muß sich dies offenbar auch der Scheingläubiger gefallen lassen, dessen Forderung durch exceptio elidirt wird. Denn er dürfte ja doch nicht einmal definitiv die erhaltene Zahlung behalten. Sie würde jedenfalls von dem Deleganten, da Delegation als Zahlung gilt,

„nam et solvit qui reum delegat"

L. 18. D. de fidej. (46, 1),

L. 8. §. 3 und 5. D. ad S. C. Vellej. (16, 1),

L. 26. §. 2. D. mandati (17, 1)

zurückgefordert werden können.

Wir würden dieses Resultat allein schon aus den obigen Entscheidungen abzuleiten berechtigt sein. Wir finden aber dasselbe zum Ueberfluß noch in folgender Entscheidung Julians klar ausgesprochen:

L. 2. §. 4. D. de donat. (39, 15).

„Item si ei, quem creditorem tuum putabas, jussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promisero: petentem doli mali exceptione summovebo, et amplius incerti agendo cum stipulatore consequar, ut mihi acceptam faciat stipulationem,

welche von Ulpian, mit ausdrücklicher Beziehung auf Julian, in

L. 7. §. 1. D. de doli mali exc. (44, 4)

mit dem Beisatze gebilligt wird: Et habet haec sententia Juliani humanitatem, ut etiam adversus hunc utar exceptione et condictione, cui sum obligatus.

Diese Stellen passen geradezu wörtlich auf den vorliegenden Fall.

Herr K. verspricht das Geld, welches er Hn. D. schuldig zu sein glaubt, an Herrn B., welchen Herr D. für seinen Gläubiger hält.

Diese Vorschrift hat aber eben so das strenge Recht, wie die Billigkeit und Zweckmäßigkeit für sich. Denn wenn Herr

K. jetzt ohne Hülfe an Herrn B. 3000 Thlr. bezahlen müßte, so nähme er seinen Regreß an Herrn D., Herr D. aber wieder an Herrn B., so daß Herr B. die gezahlten 3000 Thlr. doch nicht behielte. Der definitive Zustand, der dann durch diese Kette von Regreßklagen hervorgebracht werden würde, ist jetzt schon vorhanden, sobald dem Herrn K. erlaubt wird, die qu. 3000 Thlr. inne zu behalten, und die in der letzten Stelle hervorgehobene humanitas liegt darin, daß nun Herr K. nicht Gefahr läuft, am Ende seine 3000 Thlr. einzubüßen, falls Herr D. insolvent sein sollte.

Als Resultat stellt sich daher heraus:

Herr K. kann sich gegen die Klage des Herrn B. mit denselben Einreden schützen, mit denen er sich gegen eine Klage des Deleganten D. hätte schützen können (exceptio redhibitoria, oder quanti minoris, oder doli), und kann selbst condictione indebiti incerti auf Liberation und Löschung der Hypothek klagen.

L. 2. §. 4. D. de donat. (39, 6),
L. 7. §. 1. D. de doli mali exc. (44, 4).

Denn wenn wir auch eine acceptilatio im Sinne des römischen Rechtes nicht mehr haben, so ist es doch für den Schuldner von der höchsten Wichtigkeit, die Frage über die Rechtsbeständigkeit seiner obligatio auch im Wege der Klage zur richterlichen Entscheidung bringen zu können, während er ohne Klagrecht erst warten müßte, bis er von dem Gläubiger belangt würde, wodurch er leicht Gefahr liefe, seine etwaigen Beweismittel zu verlieren. So wie daher keinem Praktiker die Klagen auf Löschung der Hypothek unbekannt sein werden, so muß es auch Klagen auf Liberation geben, welche die Stelle der Klagen auf acceptilatio vertreten, darauf gerichtet, daß entweder der Gläubiger oder das Gericht den Kläger von seiner Schuld losspricht.

Ad 2. Durch die bisherigen Erörterungen hat sich nun auch die oben aufgeworfene zweite Frage, so weit sie für den vorliegenden Fall von Interesse ist, erledigt. Der Delegat kann dem Delegatar die Einreden opponiren, welche der Delegant dem Delegatar opponiren konnte, wenn er selbst dem Deleganten gegen-

über durch Einreden geschützt ist, oder überhaupt irrthümlich sich auf die Delegation solvendi causa eingelassen hat.

§. 14.

Nach den im vorigen Paragraphen angestellten Untersuchungen konnte der Delegat sich durch Einreden und mit der condictio indebiti schützen, um dadurch die weitläufigeren Regreßklagen abzuschneiden. Es wird daher in den citirten Stellen immer vorausgesetzt, daß der Delegant irrthümlich die Delegation solvendi causa vorgenommen hat. Dies würde der Fall sein, wenn Herr D. die Delegation, was allerdings zu präsumiren, bona fide vorgenommen hätte. Allein dadurch entsteht von selbst das Bedenken, wie die Verhältnisse sich gestalten, wenn Herr D. (wie ja Herr K. selbst behauptet) mala fide gehandelt hat, d. h. wenn er die Delegation vornahm, als er schon Kenntniß von der Unwahrheit der K.schen Behauptung hatte. Dann könnte er ja selbst, auch wenn er gezahlt hätte, das Geld nicht condictione indebiti zurückfordern. „Nam quod sciens quis indebitum solvit, repetere non potest,“

L. 1. §. 1. L. 26. §. 2 u. 8. L. 24. L. 62. D. de condict. ind. (12, 6),

L. 9. C. h. t. (4, 5)

und daher könnte man auch geneigt sein, Hrn. K. diese Klage abzusprechen. Allein es möchte sehr zu bezweifeln sein, ob Hrn. D. damals das volle klare Bewußtsein seiner Nichtschuld vor der Seele stand. Denn wenn er auch wußte, daß ihm Hr. B. unwahre Angaben gemacht habe, so folgt hieraus noch nicht, daß er als ein Laie das Rechtsverhältniß richtig aufgefaßt und durchschaut habe. Daß dies ein error juris war, ist gleichgültig, weil es sich hier um die Beurtheilung eines inneren Seelenzustandes handelt, der durch einen error hervorgerufen war, wobei die Qualität des error bekanntlich keinen Unterschied macht.

L. 25. §. 6. D. de H. P. (5, 3).

Das Einzige, was man allenfalls in diesem Falle zugeben könnte, wäre das: daß Herrn D. vielleicht Zweifel aufgestiegen waren, ob er gegen Herrn B. Regreßansprüche habe.

Allein sollte er deshalb einen Proceß gegen Herrn B. anstellen oder sich verklagen lassen? Es fand sich ja in der Person des Herrn K. ein neuer Käufer, und so bot sich eine willkommene Gelegenheit dar, die Schuld ohne weitere Unannehmlichkeiten und Weitläufigkeiten von sich ab und auf den Herrn K. zu wälzen. Hat Herr K. mala fide gehandelt, so ist dies und kein anderer der wahre Seelenzustand desselben gewesen. Dann müssen wir aber auch sagen: wer nicht das klare Bewußtsein seiner Nicht-Schuld hat, sondern nur im Zweifel darüber befangen ist, kann dennoch die condictio indebiti anstellen.

L. 11. C. de condict. indeb. (4, 5).

„Pro dubietate eorem, qui mente titubante indebitam solverint pecuniam, certamen legumlatoribus incidit, idne quod ancipiti animo persolverint, possint repetere an non, quod nos decidentes sancimus: omnibus qui incerto animo indebitam dederint pecuniam . . repetitionem non denegari etc.

Wollte man aber selbst annehmen, daß Herr D. in dem klaren Bewußtsein seiner Nicht-Schuld delegirt habe, so würde der Act von seiner Seite als Schenkung zu beurtheilen sein, nam cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est,

L. 53 D. de R. J. (50, 17).

Aber freilich würde wohl schwerlich ein Richter im Stande sein aus den Umständen des vorliegenden Falles den animus donandi abzuleiten. Auch würde die Schenkung noch jetzt in jedem Augenblicke widerrufen werden können, da sie als solche nicht acceptirt ist, und die Summe über 500 solidi (= 1416 Thlr. 20 Sgr. Pr. Cour., den Ducaten zu 4 Gulden im Zwanzigguldenfuß = $2\frac{1}{8}$ Thlr. Pr. Cour. gerechnet) wäre jedenfalls nichtig geschenkt, da die gerichtliche Anerkennung und Confirmation des Kaufvertrages vom 26sten August 1845 doch offenbar nicht als die gerichtliche Insinuation einer Schenkung betrachtet werden kann.

Die Lage des Herrn K. würde aber auch durch diese, den Verhältnissen offenbar nicht entsprechende Auffassung nicht verschlechtert werden. Denn wäre Herr B. Donatar des Deleganten, so würde Herr K., wie oben in §. 13. Nr. 1. c.

nachgewiesen, ihm auch in dieser Qualität die exceptio doli aus seinem früheren Verhältnisse zu Herrn D. opponiren können.

§. 15.

Wenn ich oben in §. 13 die Klage des Herrn B. als eine Klage aus dem die Delegation realisirenden Vertrage zwischen Delegatar und Delegaten charakterisirt habe, so könnte dies wegen der im Protokolle vom 3ten Februar 1846 gebrauchten Ausdrucke „die dem Herrn Apotheker K. dargeliehenen 3000 Thlr." bezweifelt werden, indem hiernach die Klage geradezu als eine Darlehnsschuld (condictio ex mutuo) erscheinen könnte. Es würde dann ein ganz anderer Standpunkt bei der Beurtheilung einzunehmen sein. Allein auch diese Auffassung, so gefährlich sie auch auf den ersten Anblick erscheint, würde dennoch den Herrn K. in Wahrheit nicht gefährden. Es bieten sich hier drei Fragen zur Untersuchung dar:

1) Ist es überhaupt möglich, daß Herr K. Darlehnsschuldner des Herrn B. wird, ohne von ihm die qu. 3000 Thlr. baar empfangen zu haben?

2) Haben die Parteien ein Darlehnsverhältniß beabsichtigt?

3) Wie kann sich Herr K. gegen eine etwaige Darlehnsklage vertheidigen?

Ad 1. Als die hier in Frage stehende Delegation vorgenommen wurde, schuldete der Delegant rückständige Kaufgelder, und diese Schuld nahm Herr K. im Wege der Delegation auf sich. Er wurde, wie oben genauer nachgewiesen, Schuldner aus der Delegation. Denn Darlehnsschuldner konnte er sofort gar nicht werden, weil eine Baarzahlung der 3000 Thlr. nicht vorgekommen, und Herr D. die 3000 Thlr. aus dem Kaufcontracte und nicht aus einem Darlehn schuldete. Auch ist in der Vertragsurkunde vom 26. August 1845 (Anlage B.) von einem Darlehn noch nicht die Rede. Der Ausdruck „dargeliehene 3000 Thlr." wird vielmehr erst in dem Protokolle vom 3. Februar 1846 (Anlage D.) gebraucht, und es ensteht deshalb die Rechtsfrage: ob die Delegationsschuld durch einen einfachen Vertrag in eine Darlehnsschuld verwandelt werden konnte?

Hätte Herr K. bestimmte Geldstücke geschuldet, z. B. ex causa depositi, so würde der Darlehnscontract durch die s. g. traditio brevi manu vermittelt worden sein. Allein Herr K. schuldete nur eine bestimmte Geldsumme, die demnach durch einfachen Vertrag in ein Darlehn hätte verwandelt werden müssen.

Ueber Fälle solcher Art besitzen wir nun zwei widersprechende Entscheidungen in den Pandekten, deren Vereinigung man zwar häufig, aber stets vergeblich versucht hat.

Glück Commentar 12r Theil S. 11. Nr. 4 — S. 18.

Afrikan verneint nämlich in L. 34. pr. D. mandati (17, 1) die Möglichkeit eines solchen Darlehnsvertrages:

„respondit non esse creditam: alioquin dicendum est, ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse,“

während Ulpian in

L. 15. D. de reb. cred. (12, 1)

unter Berufung auf ähnliche, in der damaligen Praxis bereits anerkannte Fälle, auch die Zulassung dieser Form der Entstehung eines Darlehnscontractes vertheidigt. Haben wir nun schon Veranlassung genug, im Sinne des Justinianeischen Rechtes, der milderen Ansicht Ulpians den Vorzug zu geben, so kann darüber nach unserer heutigen Praxis nicht der mindeste Zweifel sein, da solche Umwandlungen zu den täglichen Erscheinungen gehören, obgleich man hier im Sinne der Römer freilich nicht von einer Novation sprechen darf, da hier die materielle causa, vermöge einer fingirten traditio brevi manu geändert wird, während die Novation in der Umwandlung der Schuld in einen Formalcontract, stipulatio und früher Literalcontract, bestand.

Ad 2. Wenn ich demnach auch die Möglichkeit eines solchen Darlehnsvertrages einräume, so muß ich es doch entschieden in Abrede stellen, daß die Parteien daran gedacht haben, an die Stelle des früheren Obligationsverhältnisses ein Darlehnsverhältniß treten zu lassen. In dem letzteren Falle wäre nämlich zu fingiren, daß Herr K. die im Wege der Delegation übernommenen Kaufgelder an Herrn B. bezahlt, und eine eben so hohe Summe als Darlehn zurückempfangen habe,

L. 15. D. de R. C. (12, 1),

„ut cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et conveniret, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta."

Damit wäre also Herr B. wegen der rückständigen Kaufgelder vollständig befriedigt, und das Eigenthum an der verkauften Apotheke wäre definitiv und unwiderruflich auf den Käufer übergegangen. Allein dies haben ja die Parteien nicht beabsichtigt. Herr B. läßt sich nämlich in dem gedachten Protokolle vom 3ten Februar 1846 (Anlage D.) außer dem reservirten Eigenthumsrechte noch eine Hypothek bestellen. Dies wäre aber nicht möglich, sobald eine Zahlung der Kaufgelder Statt gefunden hätte. Denn wegen eines Darlehns kann man sich das Eigenthum einer Sache nicht vorbehalten. Der Ausdruck „dargeliehene 3000 Thlr." kann daher nur als ein vom Gerichte nicht genau gewählter Ausdruck statt „creditirter" Gelder betrachtet werden, indem Herr B. den Herrn K. zu seinen neuen unmittelbaren Schuldner auf 3000 Thlr. annahm, ohne von ihm sofortige Zahlung zu erwarten. Daß das Gericht selbst die Sache von diesem Standpunkte aus beurtheilt hat, geht auch aus der Confirmationsurkunde vom 24sten März 1846 (Anlage F.) hervor, indem hierin zwar gleichfalls von dargeliehenen 3000 Thlr. die Rede ist, daneben aber doch der Kaufcontract genehmigt wird, „mit Vorbehalt der Rechte jedes Dritten, und insbesondere des dem Vorbesitzer Herrn B. wegen 3000 Thlr. rückständiger Kaufgelder reservirten Eigenthumsrechtes."

Ad. 3. Wollte man indessen dennoch eine Darlehnsklage annehmen, so würde Herr K. die Einrede der Compensation vorzuschützen haben. Bei einer Darlehnsklage müßte man nämlich vermöge der angeführten

L. 15. D. de R. C. (12, 1)

annehmen, daß Herr K. die im Wege der Delegation übernommenen rückständigen Kaufgelder bezahlt habe. Da er aber gegen diese Forderung durch peremtorische Einreden geschützt war (§. 13), so hat er ein indebitum bezahlt, und könnte deshalb die condictio indebiti auf Rückzahlung der 3000 Thlr., und zwar nach heutigem Rechte nebst den percipirten

Zinsen anstellen. Diesen Anspruch würde nun Herr K. excipiendo gegen die Darlehnsklage geltend zu machen haben. Ich will dabei nur auf den einen Punkt aufmerksam machen, weil er in praxi so häufig verkannt und übersehen wird, daß nämlich bei der condictio indebiti der Kläger zwar das Nicht-Vorhandensein einer Schuld zu beweisen, keineswegs aber den Beweis des Irrthumes zu übernehmen hat. Der Gegner muß vielmehr beweisen, daß wissentlich, im Bewußtsein der Nicht-Schuld, gezahlt wurde.

Puchta Pandekten §. 309. Not. i.

Wächter Handbuch des im Königreiche Würtemberg geltenden Privatrechts (welches auch das gemeine Recht mit auffaßt) 2ter Bd. S. 128 Not. 37.

Die condictio indebiti ist nämlich genau betrachtet nur eine für einen besonderen Fall eingeführte und wegen ihrer Wichtigkeit und Häufigkeit mit einem besonderen Namen versehene species der condictio causa data causa non secuta. Das Klagfundament bei derselben besteht darin: ich habe gezahlt, um eine solutio zu realisiren; da aber keine Schuld vorhanden war, so war keine solutio möglich, causa non est secuta, oder um sie auf das allgemeine Princip der Condictionen zurückzuführen, das Klagfundament ist die Bereicherung ohne Grund, welche sich durch den Beweis einer solutio indebiti klar herausstellt.

§. 16.

Da es sich in §. 11 und 12 um eine Controverse handelte, so darf ich eine, der meinigen entgegengesetzte Ansicht, so wenig Wahrscheinlichkeit deren Annahme von Seiten des erkennenden Richters auch haben mag, dennoch nicht ganz unberücksichtigt lassen. Ich muß mich daher mit kurzen Worten noch darüber erklären, wie Herr K. sich zu vertheidigen haben würde, wenn man eine mit Novation verbundene Delegation als unbegründet verwerfen wollte. Wir würden in diesem Falle

1) die Wahl zwischen einer Correalobligation und einem constitutum debiti alieni haben*), eine Wahl, die freilich nach

*) Die Cession hatte ich hier absichtlich unberührt gelassen, weil einmal die Thatsachen für eine Cession am wenigsten sprachen, und sodann,

dem Rechte der L. 8. C. de novat. (8, 42) nicht eintreten konnte, da eine Novation nur auf dem Wege der stipulatio vorgenommen werden konnte, während das constitutum durch einfachen Vertrag abgeschlossen wurde. Wenn wir nun erwägen, daß das constitutum debiti alieni zu den cumulativen Intercessionen gehört, daß nach der Absicht der Parteien dem Herrn K. nach der Zahlung an Herrn B. kein Regreß gegen Herrn D. zustehn sollte, weil er durch diese Zahlung von seiner Schuld an Herrn D. liberirt werden sollte, daß Herr K. in dem Vertrage vom 26sten August 1845 (Anlage B.) nie als Nebenschuldner, sondern stets als unmittelbarer Hauptschuldner aufgeführt und bezeichnet wird, daß das constitutum debiti alieni überhaupt zu den in praxi seltener vorkommenden Rechtsgeschäften gehört, während Correalobligationen sehr häufig eingegangen werden, so können wir wohl keinen Anstand nehmen, unter diesen Umständen Herrn K. und Herrn D. als Correalschuldner des Herrn B. aufzufassen, um dadurch dann den Worten der

L. 8. C. de novat. (8, 42)

„nihil penitus prioris cautelae innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere“

Genüge zu leisten.

Zwar könnte ein Bedenken aus dem schon oben §. 10. II. 6 hervorgehobenen Umstande entlehnt werden, daß die verschiedenen Kündigungsfristen der bei einer Correalobligation nothwendigen Einheit der obligatio hindernd im Wege ständen. Allein solche unselbstständige Nebenmodificationen durch conditio und dies heben nach römischer Anschauung die Identität der Obligation nicht auf.

L. 7. D. de duob. reis (45, 2).

2) Es entsteht nun die fernere Frage: ob Herr K. als Correalschuldner sich derjenigen Einreden bedienen kann, welcher sich der andere Correalschuldner Herr D. bedienen könnte, falls er von Herrn B. belangt würde?

---

weil gerade die Grundsätze von der Cession in den beiden §. 1 sub 11 und 12 angeführten Gutachten weitläufig erörtert waren, indem der Verfasser von Nr. 11 vorliegend eine Cession, weil sie das für den Herrn K. günstigste Rechtsverhältniß ist, angenommen hatte.

Diese Frage würde schon nach den bisherigen Erörterungen in §. 13. (S. 35 fgg.) argumento a majori ad minus zu bejahen sein. Wenn Herr K. sich als Delegat auf diese Einreden aus dem aufgehobenen früheren Rechtsverhältnisse beziehen kann, so muß er dies um so mehr als Correalschuldner aus dem noch bestehenden Rechtsverhältnisse zwischen Herrn B. und Herrn D. thun dürfen.

Der Beweis läßt sich aber auch aus der Natur der Correalobligationen führen. Wie schon

Keller über Litiscontestation und Urtheil S. 443 fgg.

angedeutet, und später

Ribbentrop zur Lehre von der Correalobligation S. 23 fgg.

auf überzeugende Weise weiter ausgeführt hat, so besteht das Wesen der Correalobligation darin, daß hier dem objectiven Bestande nach eine einzige obligatio existirt, welche sich ungetheilt auf mehrere Subjecte bezieht. Es ergiebt sich daraus von selbst die Regel: daß jede Begebenheit, welche den objectiven Bestand der obligatio afficirt, für und gegen alle Theilnehmer der obligatio wirkt.

Vergl. auch v. Vangerow Leitfaden III. S. 89 fgg. Anmerkung 5.

Daher wirkt Zahlung, Acceptilation, Novation, res judicata für alle Theilnehmer, während durch capitis deminutio, confusio, pactum de non petendo personale nur die einzelnen Theilnehmer der obligatio ausscheiden, so daß die obligatio für die übrigen fortbestehen bleibt.

Ueber die exceptio doli finden wir nun freilich keine specielle Entscheidung in den Quellen. Allein es kann auch nicht dem mindesten Zweifel unterliegen, daß der eine correus debendi sich der exceptio doli aus der Person des anderen Correalschuldners bedienen kann. Die exceptio doli gehört nämlich nach der ausdrücklichen Entscheidung in

L. 7. pr. §. 1. D. de exc. (44, 1.)

nicht zu den exceptiones personae cohaerentes, sondern zu den exceptiones rei cohaerentes, und der Unterschied zwischen diesen beiden Einreden wird dahin bestimmt, daß die exceptiones personae cohaerentes „non transeunt ad alios.“

Wenn nun in dieser Stelle beispielsweise nur der Bürge genannt wird, als ein solcher, der sich der exceptio rei cohaerens bedienen dürfe, so sind damit die anderen Personen, welche aus diesem Rechtsverhältnisse in Anspruch genommen werden können, nicht ausgeschlossen. So gut wie daher die exceptio doli auf die Erben des Excipienten übergeht, so gut muß sie auch den übrigen Correalschuldnern zu Gebote stehn, wie dies z. B. von der in dieser L. 7. §. 1. neben der exceptio doli angeführten exceptio jurisjurandi durch

L. 28. §. 3. D. de jurej. (12, 2)

geradezu bewiesen wird, und vermöge

L. 42. §. 3. D. eod. (12, 2)

mit Sicherheit von der gleichfalls angeführten exceptio rei judicatae geschlossen werden kann.

Der dolus des Gläubigers afficirt hier aber auch offenbar den objectiven Bestand der obligatio selbst. Das Forderungsrecht trägt hier durch die Art und Weise seines Existentwerdens den Keim seiner Vernichtung in sich; die Gesetzgebung darf den Gläubiger, der sein Forderungsrecht durch Betrug erschlichen hat, nicht als solchen anerkennen, und er muß von jedem, gegen den er dieses Forderungsrecht realisiren will, unter Berufung auf seinen dolus zurückgewiesen werden können.

3) Herr K. könnte indessen auch geradezu aus seiner eigenen Person die exceptio doli opponiren. Wir haben heutzutage keine contractus stricti juris mehr; alle Verträge werden bei uns nach der bona fides beurtheilt. Herr K. kann sich daher mit Recht darauf berufen, daß er durch den dolus des Herrn B., d. h. durch dessen Verschweigung der Wahrheit über den bei der Verpflichtung zu den qu. 3000 Thlr. entscheidendsten Punkt, zur Eingehung der Correalobligation veranlaßt sei. Hätte Herr B., wie es die bona fides mit sich brachte, aufrichtig und wahrhaft gehandelt, so würde sich Herr K. natürlich zu der fraglichen Correalobligation gar nicht verstanden und sich damit nicht in die Gefahr, zur Zahlung der qu. 3000 Thlr. verurtheilt zu werden, begeben haben.

Das Resultat ist demnach, daß Herr K. von allen erdenkbaren Gesichtspunkten aus eines unmittelbaren Schutzes gegen Herrn B. genießt.

§. 17.

Sollte aber auch dieses nicht der Fall sein, so gäbe es doch noch, wie ich oben in §. 5. (S. 8) angedeutet habe, einen zweiten Weg, auf welchem Herr B. sich möglicherweise schützen könnte. Es wäre dies nämlich dadurch möglich, daß er sich von Herrn D. dessen Ansprüche wider Herrn B. (§. 6.) cediren ließe, und damit compensando gegen die Klage des Herrn B. aufträte. Die causa cessionis wäre hier eine solutio. Herr D. cedirt seine Ansprüche, um damit für den Fall des Sieges den möglichen Regreßanspruch zu tilgen. Aber freilich hinge diese ganze Cession von dem guten Willen des Herrn D. ab. Denn so wenig wie Herr K. sich mit dieser Cession wegen seines Regreßanspruches zu begnügen brauchte, eben so wenig könnte er im Wege Rechtens gerade diese Cession verlangen, wenn es auch in der Executionsinstanz dahin kommen könnte, daß dieses nomen des Hern D. gegen Herrn B. zur Execution herangezogen würde.

Ich kann indessen, da Herr K. auf ganz sichere Weise unmittelbar gegen Herrn B. geschützt ist, auch nicht einmal rathen, auf eine Cession wenigstens eventuell zu recurriren.

§. 18.

Zur vierten Frage:

Welche Einreden kann derselbe einer Pfandklage des Herrn B. entgegenstellen?

Das Vertheidigungssystem gegen die actio hypothecaria ist durch die obige Ausführung bereits vorgezeichnet. Ein Pfandrecht läßt sich nicht ohne Hauptforderung denken, und wenn die Hauptforderung, zu deren Sicherheit das Pfandrecht constituirt ist, durch eine exceptio in ihrem civilen und naturalen Bestandtheile elidirt wird, so ist damit auch das Pfandrecht per exceptionem zu elidiren.

L. 17. §. 2. L. 2. §. 1. L. 3. D. de pactis (2, 14).
L. 5. pr. D. quib. mod. pign. (20, 6).
L. 7. C. de remiss. pign. (8, 26).

Es ist daher in dem vorliegenden Falle nur nachzuweisen, daß die Forderung des Herrn B. durch die oben bemerkten

Einreden elidirt wird, um dadurch auch die Zurückweisung der Pfandklage zu bewirken.

§. 19.

Zur fünften Frage: Was kann als Object dieser Pfandklage betrachtet werden?

In dem Kaufvertrage vom 26sten August 1845 (Anlage B) heißt es:

„Der Rest von 3000 Thlr. aber, Herrn B. gehörig, bleibt .... unkündigbar auf der Apotheke hypothekarisch eingetragen stehen, und behält sich Herr B. ausdrücklich Eigenthumsrechte an der Apotheke so lange und bis diese 3000 Thlr. nebst Zinsen vollständig bezahlt sind, vor.“

In Verbindung hiermit steht die Bemerkung in dem Protokolle vom 3ten Februar 1846 (Anlage D):

„daß dem Herrn Apotheker B. wegen der dem Herrn Apotheker K. dargeliehenen 3000 Thlr. außer dem reservirten Eigenthumsrechte auch eine Hypothek auf die verkaufte Apotheke eingeräumt werden solle.“

Der Gegenstand des Pfandrechts ist demnach die „Apotheke“ oder die „verkaufte Apotheke.“ Es kann nun allerdings zweifelhaft sein, was die Parteien sich unter diesem Ausdrucke gedacht haben. Man könnte zunächst nur an die verkauften Grundstücke denken, insofern es von den 3000 Thlrn. heißt: sie sollten hypothekarisch eingetragen stehen bleiben, indem diese Worte auf das Eintragen in das nur über Immobilien geführte Grund- und Lager- oder Hypothekenbuch hindeuten. Allein ich glaube dennoch, daß die Parteien die verkauften Grundstücke nebst dem mit verkauften Apothekerinventarium unter dem Ausdrucke „Apotheke“ verstanden haben. Es scheint mir vorzugsweise der Umstand dafür zu sprechen, daß die Parteien in dem Kaufvertrage vom 26sten August 1845 unmittelbar vor dem oben hervorgehobenen Satze festgesetzt haben:

„3) daß die Apotheke bis dahin, wo Herrn B. gehörende Gelder auf dieselbe hypothekarisch eingetragen sind, in der Feuerversicherungsbank zu M. mit 2000 Thlrn. versichert wird.“

Nun ergiebt sich aber aus den §. 1. sub 2 und 3 aufgeführten Documenten, daß die verkauften Gebäude nur mit 400 Thlrn., das Apothekerinventarium dagegen mit 1600 Thlrn. in der Feuerversicherungsbank zu M. versichert war. Die Parteien haben also sub Nr. 3 mit dem Ausdruck „Apotheke" entschieden den Complex der Grundstücke und des Apothekerinventariums bezeichnet, und wir müssen hiernach natürlich in demselben Vertrage im Zweifelsfalle dieselbe Bedeutung zu Grunde legen.

Wenn man nun auch die Absicht, eine Hypothek an dem Apothekerinventarium zu bestellen, annehmen kann, so muß dennoch das Pfandrecht an dem Apothekerinventarium für nichtig erklärt werden. Die

A..sche Proceßordnung P. I. cap. XXXVII. §. 7.

enthält nämlich folgende ausdrückliche Bestimmung:

> „In rebus mobilibus hingegen ist weder eine gerichtliche noch eine außergerichtliche Verschreibung von einiger Wirkung, sondern es hat allein derjenige, dem ein Pfand zugleich übergeben worden, wenn er es wirklich in Händen hat (gestalten das constitutum possessorium oder eine traditio ficta hierbei keineswegs zu attendiren ist) ein jus reale et praelationis etc.

Hiermit steht in Verbindung, daß auch eine Conventional-Generalhypothek keine Kraft und Wirkung haben soll, §. 7. cit., daß an Immobilien nur eine Special-Hypothek, durch gerichtliche Confirmation nach vorher ertheiltem Lehnsconsense, bestellt werden kann,

Proceßordnung P. I. cap. XXXVII. §. 3. Nr. 1.

und daß ein Pfandrecht an ausstehenden Forderungen nur dann Wirkung hat, wenn das Schulddocument loco pignoris übergeben ist.

Proceßordnung eod. §. 8.

Das A..sche Recht hat sich in allen diesen Bestimmungen dem einheimischen germanischen Rechte angeschlossen; wir finden hier das Princip der Specialität und Publicität bei Immobilien, und erblicken in §. 7. den altdeutschen Grundsatz, daß es an Mobilien nur ein Faustpfand (wedde, weddeschat) giebt, nämlich fressendes Pfand oder Kistenpfand.

Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß eine universitas facti nicht gültig zur Hypothek bestellt werden kann. Denn wenn man auch die universitas facti zu den unkörperlichen Sachen rechnen will, so darf man doch nicht übersehen, daß das Pfandrecht selbst immer nur an den einzelnen körperlichen species, also an rebus mobilibus realisirt werden kann, und daß daher die Verpfändung einer universitas facti, genau betrachtet, nur die Verpfändung eines Complexes einzelner Mobilien ist, bei welcher das verpfändete Object daran erkannt wird, daß es zu einer universitas gehört, oder bei einer dem Handel und Wandel nicht unterworfenen universitas nach der Verpfändung irgend einmal gehört hat.

Es wäre nun eine offenbare Anomalie, wenn die specielle Hypothek an einer Mobilie verworfen, dagegen eine Hypothek an ienem durch eine generelle Bezeichnung bestimmten Complexe von Mobilien zugelassen wäre, indem sonst in allen anderen Beziehungen die speciellste Hypothek auch die kräftigste und wirksamste ist. Allein eine solche Anomalie findet sich auch sonst nirgends vor, und wir dürfen um so weniger eine Hypothek an einer universitas facti zulassen, da die Conventional-Hypothek an einer s. g. universitas juris, d. h. dem ganzen Vermögen ausdrücklich verworfen worden ist.

In dem vorliegenden Falle könnte nur eine Auffassung Bedenken erregen. Man könnte nämlich das Apothekerinventar als eine Pertinenz der verkauften Grundstücke betrachten, und es entsteht daher die Frage: ob es nicht als solche wenigstens unter dem Pfandrechte mit begriffen werden könne? Allein auch dies muß verneint werden. Denn fürs Erste kann das Apothekerinventar nicht als natürliche Pertinenz des Hauses betrachtet werden,

> cf. L. 14. D. de suppell. legata (33, 10) vgl. mit L. 17. L. 18. pr. §. 1. D. de instr. vel. instr. legato (33, 7),

wie man deutlich daraus abnehmen kann, wenn man sich die Frage vorlegt: ob der Käufer, wenn bloß das Haus nebst Gartenfleck verkauft wäre, ohne des Apothekerinventariums Er-

wähnung zu thun, Anspruch auf das Inventar machen könnte, eine Frage, welche offenbar zu verneinen wäre. Daher sagt

Wächter Handbuch des im Königreich Würtemberg geltenden Privatrechts 2ter Bd. S. 253

mit Recht: „Ferner ist bei einem Hause nicht natürliche Zugehörung, was der Besitzer im Hause hat, und bloß auf seine Beschäftigung und sein Gewerbe sich bezieht, wie das Handwerkszeug eines Handwerkers, die Büchsen und Flaschen im Hause des Apothekers, die Maschinen und Geräthschaften in einer Fabrik, mögen dieselben im Hause befestigt sein, um sie besser und sicherer benutzen zu können oder nicht."

Vgl. auch Puchta Vorlesungen 1ster Bd. S. 80 über das instrumentum fundi oder aedium.

Wenn man aber auch zweitens das qu. Inventar für Pertinenz erklären wollte, so folgt daraus freilich, daß jedes über die Hauptsache abgeschlossene Rechtsgeschäft auch die Pertinenz mit umfaßt. Aber dabei ist doch offenbar die stillschweigende Voraussetzung, daß die Pertinenz des Rechtsgeschäftes fähig sei, so daß dies Rechtsgeschäft, z. B. Kauf, Legat auch einzeln über die Pertinenz abgeschlossen werden könnte. Wir haben es hier aber gerade mit einem Falle zu thun, wo über die Pertinenz das Rechtsgeschäft, eine Hypothek, nicht gültig abgeschlossen werden könnte. Da es nun nicht Sache der Nothwendigkeit ist, daß das Rechtsgeschäft über die Hauptsache sich auch mit auf die Pertinenzen erstreckt, indem letztere z. B. durch ausdrückliche Verabredung von dem Geschäfte ausgeschlossen werden können, so muß auch in diesem Falle, um das Gesetz aufrecht zu erhalten, angenommen werden, daß die Pertinenz von dem in Frage stehenden Rechtsgeschäfte, dessen sie an sich nicht fähig ist, auch nicht mit ergriffen wird.

Ich will damit allerdings nicht in Abrede stellen, daß es zweckmäßig sein könne, wenn die Gesetzgebung in diesem Falle, wie dies die in vielen Stücken mit dem A..schen Rechte übereinstimmende Würtembergische Gesetzbung wirklich, wenn auch in beschränktem Maaße, gethan hat,

vgl. Wächter Erörterungen aus dem römischen, deutschen und würtembergischen Rechte 1stes Heft 2te Erört. „Verpfändung der beweglichen Zuge-

hörungen (Pertinenzen) einer Liegenschaft nach würtembergischen Rechte"

eine Ausnahme zuließe, und die Annotation einer solchen Hypothek im Pfandbuche gestattete. Allein dies ist nur eine Frage de condenda lege, während wir es hier mit der lex condita zu thun haben.

§. 20.

Zur sechsten Frage:

Welche Einreden kann Herr K. wider eine Eigenthumsklage des Herrn B. geltend machen?

Nach dem Wortlaute des Vertrages vom 26sten August 1845 (Anlage B) behält sich Herr B. ausdrücklich „Eigenthumsrechte an der Apotheke so lange, und bis diese 3000 Thlr. nebst Zinsen vollständig bezahlt sind, vor" und in dem Protokolle vom 3ten Februar 1846 (Anlage D) heißt es: „daß die Comparenten die zu Nr. 3. gestellte Bedingung in allerseitiger Uebereinstimmung dahin erläutert haben, daß dem Herrn Apotheker B. wegen der dem Herrn Apotheker K. dargeliehenen 3000 Thlr. außer dem reservirten Eigenthumsrechte auch eine Hypothek auf die verkaufte Apotheke eingeräumt werden solle." Die gerichtliche Confirmation vom 24sten März 1846 (Anlage F.) ist endlich „mit Vorbehalt der Rechte jedes Dritten, und insbesondere der dem Vorbesitzer Herrn Apotheker B. wegen 3000 Thlr. rückständiger Kaufgelder reservirten Eigenthumsrechtes" ertheilt.

Die erste Frage, welche sich hier zur Untersuchung aufdrängt, betrifft offenbar die juristische Natur des Eigenthumsvorbehaltes. In der Theorie hat man von jeher gestritten: ob das pactum reservati dominii eine Suspensiv- oder Resolutivbedingung enthalte, und eventuell welche Art von Bedingung im Zweifelsfalle anzunehmen sei? Ich kann in dieser Beziehung nur denjenigen Juristen beitreten, welche das pactum reservati dominii, im Gegensatze zur lex commissoria, nur in Gestalt einer Suspensivbedingung für möglich und denkbar halten.

v. Geyso in der Gießer Zeitschrift V. Abh. 11.
Duncker im Rhein. Museum 5ter Bd. Nr. 4.

v. Vangerow Leitfaden I. §. 311. Anm. 2.

Schilling Lehrbuch für Institutionen III. S. 653 not. b.

Puchta Pandekten §. 148. not. f. und dessen Vorlesungen 1ster Bd. S. 292 u. 293.

Allein mit dieser Entscheidung ist für die Praxis nicht viel gewonnen. Denn im gewöhnlichen Leben und leider wegen allzu großer Vernachlässigung der Cautelarjurisprudenz auch bei der Abfassung von Verträgen u. s. w. wird es mit den Worten nicht so genau genommen, und es wird Niemandem, der die Praxis aus eigener Anschauung kennt, unbekannt sein, daß die Contrahenten unter dem „Vorbehalte des Eigenthums" sehr häufig an einen „Vorbehalt des Rückfalls des Eigenthums" denken, so daß nach der den Worten vorgehenden Absicht der Parteien (dem id quod actum est im Gegensatz zu dem id quod dictum est) nicht die Grundsätze des pactum reservati dominii, sondern der lex commissoria zur Anwendung kommen müssen. Es kann daher auch in dem vorliegenden Falle nur gefragt werden: was haben sich die Parteien unter dem Eigenthumsvorbehalte gedacht, und haben sie namentlich die Absicht gehabt, daß das Eigenthum der Sache einstweilen auf den Käufer übergehen solle oder nicht?

Fassen wir die näheren Umstände des vorliegenden Falles ins Auge, so tritt das Resultat ganz klar hervor, daß die Parteien keine Suspensiv-, sondern eine Resolutivbedingung beabsichtigt haben. Denn

1) ist der Kaufvertrag vom 26sten August 1845 „mit Ertheilung des Amtsconsenses in die Eigenthumsübertragung" gerichtsseitig confirmirt, so daß das Eigenthum auf Herrn K. mit Genehmigung des Herrn B. umgeschrieben worden ist;

2) ist die von Herrn K. bestellte Hypothek wegen der qu. 3000 Thlr. gleichfalls confirmirt, und in dem Amtsconsensbuche angemerkt, was nicht möglich wäre, wenn Herr B. das Eigenthum nicht, mit Vorbehalt des Rückfalls, aufgegeben hätte. Ueberhaupt läßt sich auch

3) die Verbindung des Eigenthumsvorbehaltes mit einer

Hypothekbestellung nur von dem Standpunkte der Resolutivbedingung aus genügend rechtfertigen. Denn an seiner eigenen Sache kann Niemand ein Pfandrecht haben und ausüben, und daher ist ein pactum reservati dominii und reservatae hypothecae durchaus unverträglich mit einander. Dagegen liegt bei der Verbindung der lex commissoria mit einem pactum reservatae hypothecae ein sehr vernünftiger Zweck zu Grunde. Wenn nämlich das Kaufgeld zur gehörigen Zeit nicht gezahlt wird, so hat der Verkäufer die Wahl, ob er, die Auflösung des Kaufes erwählend, die Sache vindiciren, oder auf Erfüllung klagen will, und diese actio venditi auf Bezahlung des Kaufgeldes soll eben durch die reservirte Hypothek gesichert werden.

Der Eigenthumsvorbehalt in dem vorliegenden Falle stellt sich daher als ein Vorbehalt des Rückfalls des Eigenthums oder als die lex commissoria dar.

Die Wirkung derselben wäre nun allerdings das Recht des Verkäufers, falls er nicht die Erfüllung des Kaufes vorzieht, auf Anstellung der rei vindicatio.

L. 8. D. de lege comm. (18, 3.)

L. 1 und 4. C. de pactis inter emtorem (4, 54.)

wie dies auch bei dem Eintritt einer jeden anderen Resolutivbedingung Statt findet.

L. 4. §. 3. D. de in diem addict. (18, 2.)

L. 41. pr. D. de R. V. (6, 1.)

L. 13. pr. D. de pign. act. (13, 7.).

Die

L. 3. C. de pact. int. emt. (4, 54.)

scheint freilich dem Verkäufer bei der lex commissoria das Recht auf die rei vindicatio abzusprechen. Allein damit würde diese Stelle nicht bloß mit den anerkanntesten Rechtsgrundsätzen, sondern auch mit der unmittelbar folgenden, von demselben Kaiser herrührenden L. 4. C. eod. in Widerspruch gerathen. Am richtigsten bezieht man daher diese Stelle mit

Thibaut's civil. Abhandl. S. 377,

dem auch

Puchta Pandekten §. 142. not. b.

folgt, auf die Zeit der conditio pendens, wenn auch die In=

terpretation dieser Stelle im Uebrigen nicht befriedigt. Es tritt nämlich eine vollkommene Harmonie mit allen übrigen Stellen ein, sobald man den dem Rescripte der L. 3. C. zu Grunde liegenden Kauf nicht als eine emtio sub die im technischen Sinne, sondern als einen unbetagten Kauf auffaßt, wo der Verkäufer und Tradent zwar nicht auf sofortige Bezahlung rechnet, aber sich auch nicht des Rechtes zu jeder Zeit den Kaufpreis einzuklagen begeben will. Wenn er dann noch daneben ausmacht, daß das verkaufte Grundstück an ihn zurückfallen solle, wenn der Käufer binnen einer gewissen Zeit das rückständige Kaufgeld nicht bezahlt haben werde, so ist es nun klar, daß er in der Zwischenzeit die actio venditi auf Bezahlung des Kaufgeldes, keineswegs aber die rei vindicatio anstellen kann.

Kann sich nun aber Herr B. gegen diese rei vindicatio genügend vertheidigen? Auch diese Frage muß unbedingt bejahet werden. Denn die lex commissoria ist nur die Folge der Nicht-Erfüllung einer obligatorischen Verbindlichkeit. Wo daher eine obligatorische Verbindlichkeit irrthümlich angenommen ist, oder wo sie, was im practischen Resultate auf eins hinausläuft, per exceptionem elidirt werden kann, da kann von einem Eintritte der lex commissoria weiter keine Rede sein. Wir besitzen zwar hierüber keine ausdrückliche Entscheidung in unseren Quellen, aber doch eine Menge ähnlicher Fälle. So soll z. B. nach

L. 40. D. de R. C. (12, 1.)

eine unter der Bedingung der Nicht-Zahlung des Kapitales an einem bestimmten Tage abgeschlossene stipulatio usurarum nicht verfallen, wenn in der Zwischenzeit durch einfaches pactum ein anderer Zahlungstermin für das Kapital festgesetzt wurde, „Non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest.“ Auf ähnliche Weise kann von einem Verfall der Konventionalstrafe nicht mehr die Rede sein, sobald die Hauptforderung, deren Erfüllung durch die Konventionalstrafe gesichert werden soll, auf irgend eine Weise, wie z. B. durch Novation erloschen ist.

L. 15. D. de novat. (46, 2.)

Vgl. L. 69. D. de V. O. (45, 1.).

Herr K. kann sich daher gegen diese, auf die lex commissoria gestützte rei vindicatio auf dieselbe Weise schützen, wie gegen die persönliche Klage und gegen die actio hypothecaria. Jedenfalls könnte er nach der

A..schen Proceßordnung P. I. cap. XXXVII. §. 1. Nr. 11. die Herausgabe der an Herrn B. früher von Herrn D. baar gezahlten Kaufgelder verlangen.

§. 21.

Zur siebenten Frage:

Welches ist das mögliche Object einer solchen?

Der Eigenthumsvorbehalt erstreckt sich nach den oben hervorgehobenen Worten der einschlagenden Urkunden auf die „Apotheke" oder die „verkaufte Apotheke", und ich kann mich hier auf die Ausführungen in §. 19. beziehen, nach welchen die Parteien hierunter die verkauften Grundstücke nebst Apothekerinventarium verstanden haben.

Da aber Herr B. bei dem Vertrage vom 26sten August 1845 nicht der Verkäufer war, so kann dieser Eigenthumsvorbehalt juristisch nur so erklärt werden, daß er aus dem alten Rechtsverhältnisse zwischen Herrn B. und D. auf das neue, durch Delegation vermittelte Rechtsverhältniß zwischen Herrn B. uud K. übertragen worden ist, wie z. B. bei einer Novation auch Pfandrechte übertragen werden können.

L. 11. §. 1. D. de pign. act. (13, 7.)

L. 3. pr. L. 12. §. 5. D. qui potiores (20, 4.).

Er kann sich deßhalb aber auch natürlich nur auf diejenigen Objecte beziehen, welche Herr B. an Herrn D. verkauft hat, und welche nun durch den zweiten Verkauf in Herrn K's. Hände übergegangen sind. Es sind also unter diesem Eigenthumsvorhalte diejenigen Inventarienstücke nicht mit begriffen, welche erst Herr D. oder Herr K. eigenthümlich angeschafft haben. Denn das Eigenthum an Sachen, welche Hrn. B. nie gehört haben, kann auch nicht an ihn zurückfallen.

Daß dieser Eigenthumsvorbehalt sich auch mit auf das Inventarium erstreckt, ist nach dem ersten Kaufvertrage zwischen Herrn B. und D. vom 27sten Mai 1845 außer allen Zweifel gesetzt, indem hier der Verkäufer sich ausdrücklich „das

Eigenthumsrecht an dem verkauften Wohnhause sammt der darin befindlichen Apotheke" vorbehält, und gerade dieser Vorbehalt, wie oben bemerkt, auf das neue Rechtsverhältniß übertragen worden ist.

§. 22.

Zur ersten Frage:

Kann Herr D. an einem anderen Gerichtsstande als dem seines Wohnortes belangt werden?

Da Herr D. preußischer Unterthan ist, so entscheidet über diese Frage die

Bekanntmachung vom 30sten Dec. 1833, die zwischen Preußen und A. abgeschlossene Uebereinkunft zur Beförderung der Rechtspflege enthaltend.

Herr D. könnte nun nach Art. 8. dieser Bekanntmachung zu E., als dem **forum contractus**, allerdings belangt werden. Allein es wird dazu noch die Gegenwart des Beklagten in diesem forum contractus erfordert, um die Insinuation der Klage vornehmen zu können. An diesem Erfordernisse fehlt es nun aber, und ich kann daher auch nicht rathen, den Versuch zu wagen, ob vielleicht das Justizamt E. die Klage annehmen und das Land- und Stadtgericht zu P. wegen Insinuation der Klage requiriren würde.*) Denn wenn auch das Justizamt, wider alles Erwarten, diesen illegalen Weg einschlüge, so würde ganz gewiß das Gericht zu P. auf diesen Mangel aufmerksam machen, und wenn die Klage dennoch insinuirt würde, so würde der Beklagte die exceptio fori incompetentis vorschützen, und wenn er dies, wissentlich oder irrthümlich, unterließe, so wäre doch der ganze Proceß vergeblich, weil es nach Art. 4. keinem Unterthan erlaubt ist, sich durch freiwillige Prorogation der Gerichtsbarkeit des anderen Staates, dem er als Unterthan und Staatsbürger nicht angehört, zu unterwerfen, und weil jedes von einem solchen Gerichte gesprochene Erkenntniß in dem anderen Staate als ungültig betrachtet wird.

Es bleibt daher nur die Möglichkeit, den Herrn D. zu P. zu verklagen.

---

*) Dieser Rath war nämlich in dem einen der §. 1. erwähnten Gutachten ertheilt.

§. 23.

Zur zweiten Frage:

Ist wohl anzunehmen, daß die auf Entschädigung in Absicht des Minderwerthes gerichtete Klage nach Preußischen Gesetzen Statt finden könne?

Ueber die Richtung einer gegen Herrn D. anzustellenden Klage habe ich mich bereits oben in §. 7. Nr. 2 und 4 weitläufiger ausgesprochen, namentlich daß die Klage auf Bewirkung der Liberation und Löschung der Hypothek wegen der dem Herrn B. versprochenen 3000 Thlr. gerichtet werden kann (S. 16 u. 17).

Es könnte hierüber nur der Zweifel entstehen, ob diese Klage auch unter der Voraussetzung zulässig sei, daß Herr K. schon unmittelbar gegen Herrn B. geschützt ist, und deshalb mit Effekt gar nicht verklagt werden kann. Allein wir haben hiefür mannigfache Beispiele in den Quellen. So wird z. B. in vielen Stellen die condictio indebiti auf Liberation wegen eines indebite geleisteten Versprechens erwähnt,

L. 23. §. 3. L. 24. L. 26. §. 12. L. 31. L. 32. §. 2. 3. L. 47. L. 62. D. de condict. ind. (12, 6.)

während es nach dem Grundsatze: cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit in

L. 156. §. 1. D. de R. I. (50, 17.)

auch nicht dem mindesten Zweifel unterliegen kann, daß der Versprechende, wenn er auf Erfüllung belangt wird, sich mit der exceptio doli zu schützen im Stande ist, wie dies z. B. ausdrücklich in

L. 5. §. 1. D. de act. emti (19, 1.)
L. 3. C. de cond. ind. (4, 5.)

hervorgehoben wird.

Für den vorliegenden Fall kann man sich auch geradezu auf die oben (S. 41) citirten

L. 2. §. 4. D. de donat. (39, 5.)
L. 7. §. 1. D. de doli mali exc. (44, 4.)

berufen, wo dem Delegaten gegen den Delegatar außer der

exceptio doli auch die condictio indebiti auf Liberation gestattet wird, so daß hiernach eine actio emti auf Bewirkung der Liberation eben so juristisch zulässig sein muß, und kann ich wegen der Wichtigkeit einer solchen Klage auf §. 13. (S. 41) verweisen.

Was nun die jetzt noch zu beantwortende Frage betrifft, so zerfällt dieselbe in folgende zwei Fragen:

I. Hat der Preußische Richter den vorliegenden Fall nach dem gemeinen oder resp. A..schen Rechte, oder nach den Grundsätzen des Preußischen Landrechts zu entscheiden? und eventuell:

II. Würde Herr K. auch nach den Grundsätzen des Preußischen Landrechtes obsiegen?

Ad I. Das Preußische Landrecht enthält freilich nur wenige und ungenügende Vorschriften über das s. g. internationale Privatrecht. Allein die vorhandenen reichen vollkommen hin, um die erste Frage dahin zu beantworten, daß der vorliegende Proceß auch in Preußen nach dem gemeinen und resp. A..schen Rechte entschieden werden muß.

1) Was zuvörderst die verkauften Grundstücke anbetrifft, so kommt in dieser Hinsicht die Bestimmung der

Einleitung §. 32.

zur Anwendung, daß in Ansehung des unbeweglichen Vermögens die Gesetze der Gerichtsbarkeit, unter welcher sich dasselbe befindet, ohne Rücksicht auf die Person des Eigenthümers gelten, und es ist in

Th. 1. Tit. 5. §. 115.

ausdrücklich vorgeschrieben, „daß in allen Fällen, wo unbewegliche Sachen, deren Eigenthum, Besitz oder Nutzung der Gegenstand eines Vertrages sind, wegen der Form die Gesetze des Ortes, wo die Sache liegt, beobachtet werden müssen," weil ohne diese Paragraphen die Form nach

Th. 1. Tit. 5. §. 111.

nach den Gesetzen des Ortes, wo der Vertrag abgeschlossen, zu beurtheilen gewesen wäre.

E. ist aber in dem vorliegenden Falle forum contractus, rei sitae und domicilii der contrahirenden Parteien, d. h. des Herrn K. und D., der damals noch sein Domicilium zu E.

hatte. Der Kaufcontract über die qu. Immobilien muß daher in allen seinen Wirkungen nach dem zu E. geltenden, also dem gemeinen und resp. A..schen Rechte beurtheilt werden.

2) Dasselbe gilt aber auch von dem mitverkauften Apothekerinventare. Denn nach der

Einleitung §. 28.

wird das bewegliche Vermögen eines Menschen, ohne Rücksicht seines gegenwärtigen Aufenthaltsortes, nach den Gesetzen der ordentlichen Gerichtsbarkeit desselben beurtheilt. Das Gesetz hat hier ohne allen Zweifel den Augenblick des Abschlusses eines Vertrages über Mobilien im Auge, indem widrigenfalls ein abgeschlossener Vertrag mit jedem Wechsel des Domicils des Eigenthümers der Mobilien neuen Beurtheilungsnormen unterworfen würde. Es läßt sich hiernach vernünftigerweise nur annehmen, daß ein Vertrag über Mobilien nach den Gesetzen des Wohnorts des Eigenthümers dieser Mobilien, im Augenblicke der Abschließung des Vertrages, zu beurtheilen ist, und damit ist denn wieder entschieden, daß auch dieser Verkauf nach dem zu E. geltenden Rechte zu beurtheilen ist.

Ad II. Wollte man nun aber nichts desto weniger die Normen des Preußischen Landrechtes auf den vorliegenden Proceß zur Anwendung bringen, so könnte man freilich nach den Bestimmungen des

Preuß. Landrechts Th. 1. Tit. 5. §. 325—328.

annehmen, daß Herr K., weil die ausdrücklich vorbedungenen Eigenschaften fehlen, entweder auf Minderung des Kaufpreises oder auf Aufhebung des Kaufcontractes klagen kann. Allein

1) diese Klagen müssen nach

Th. 1. Tit. 5. §. 344.

für verjährt erklärt werden, da solche Klagen bei städtischen Grundstücken innerhalb 6, und bei beweglichen Sachen innerhalb 3 Monaten nach der von dem Mangel erlangten Kenntniß geltend gemacht werden müssen, und eine solche Verjährungsfrist nach den Bemerkungen in §. 6. (S. 12 u. 13) längst abgelaufen ist. Die Klage würde aber auch

2) deßhalb großen Bedenklichkeiten unterliegen, weil nach

Th. 1. Tit. 5. §. 127.

sobald ein Vertrag schriftlich abgeschlossen ist, alles was auf die Verabredung der Parteien ankommt, bloß nach dem schriftlichen Contracte beurtheilt, und nach §. 128. auf vorgeschützte mündliche Nebenabreden keine Rücksicht genommen werden soll. Wenn nun auch das dictum in dem Briefe des Herrn D. keine mündliche, sondern eine schriftliche Nebenabrede ist, so ist doch das dictum in den schriftlichen Vertrag nicht mit aufgenommen und würde deshalb nicht zu beachten sein.

Es bleibt dem Herrn K. aber noch ein anderes Klagfundament übrig, mit dem er auch nach Preußischem Landrechte durchdringen kann. Es ist dies der dolus des Herrn D. Herr D. hat nämlich wissentlich und vorsätzlich einen Irrthum in Herrn K. erregt, welcher Letzteren zur Abschließung des ganzen Contractes oder wenigstens zu diesem enormen Kaufpreise veranlaßt hat. Aus diesem Irrthume kann Herr K. nach

Th. 1. Tit. 4. §. 84. 85.

kein Recht erwerben, und in

Th. 1. Tit. 5. §. 349.

heißt es ausdrücklich: „Jeder Betrug, wodurch Jemand zur Errichtung eines Contractes verleitet worden, berechtigt den Betrogenen davon wieder abzugehen," indem wegen eines dolus incidens voller Schadensersatz geleistet werden muß.

Th. 1. Tit. 5. §. 359.

Die Klage wegen Betrugs gegen den Mitcontrahenten ist aber nur der regelmäßigen Verjährungszeit von 30 Jahren unterworfen,

Th. 1. Tit. 9. §. 546.

indem in

Th. 1. Tit. 6. §. 54.

verordnet ist, daß wegen eines außerhalb dem Falle eines Contractes erlittenen Schadens innerhalb 3 Jahren geklagt werden soll, woraus sich argumento a contrario wieder die obige Regel für Schadenszufügungen in Contractsverhältnissen ergiebt.

Auf diese Weise würde daher Herr K. auch nach den Grundsätzen des Preußischen Landrechts auf ein günstiges Urtheil Anspruch zu machen haben.

Anlage A.

Zwischen den nachbenannten Personen ist am heutigen Tage folgender Kaufcontract verhandelt und geschlossen worden.

Der Herr Apotheker B. allhier legt zu Gunsten des Herrn Apotheker D. aus P. die ihm von der höchsten Landesbehörde verwilligte und seit fünf und zwanzig Jahren zeither ausgewirkte Apotheker- sowie auch die damit verbundene Material-Concession nieder und verkauft an denselben sein sub Nr. 97 an der Straße gelegenes Wohnhaus mit allem, was darin erd- und nagelfest ist, so wie mit der darin befindlichen allöopathischen und homöopathischen Apotheke, incl. sämmtlicher dazu gehöriger Vasis, Instrumenten, Utensilien und Waarenvorräthen, um und für die Summe von

6250 Thaler pr. Cour.

Von dieser Summe sollen beim Kaufcontract-Abschlusse am heutigen Tage fünfhundert Thaler angezahlt, zwei tausend sieben hundert und funfzig Thaler am Tage der Uebergabe berichtigt werden und drei tausend Thaler auf drei nach einander folgende Jahre gegen vier vom Hundert Zinsen stehen bleiben, nach verflossenem dritten Jahre macht sich jedoch der Herr Käufer verbindlich, von dem stehen gebliebenen Capital der 3000 Thaler — — die Hälfte mit 1500 Thaler — — abzutragen, bis dahin sich jedoch Verkäufer das Eigenthumsrecht an dem verkauften Wohnhause sammt der darin befindlichen Apotheke, bis zur vollständigen Berichtigung der Kaufgelder ausdrücklich vorbehält.

Die Uebergabe des ganzen Geschäftes soll nach Uebereinkunft der Contrahenten bis zum 1sten Juli d. J. erfolgen, und Verkäufer macht sich verbindlich, bis dahin die Gefahr der verkauften Gegenstände zu übernehmen, nach dem 1sten Juli aber geht die Gefahr auf den Herrn Käufer über, wenn die Uebergabe durch seine Schuld vielleicht verzögert werden sollte.

Da mit dem 1sten Mai 1845, Mittags Zwölf Uhr die Police mit zwei tausend Thalern bei der Feuerversicherungsbank zu M. abläuft, so macht sich gleichzeitig auch der Herr Käufer verbindlich, für die nächstfolgenden Jahre, als so lange das stehen bleibende Capital auf dem Besitzthume haftet, dasselbe bei obengenannter Feuerversicherungsbank noch zu versichern.

Auch macht sich Verkäufer verbindlich, daß alle zur Apotheke und Laboratorium gehörigen Utensilien und Geräthschaften, nach einem darüber verfertigten Verzeichniß, richtig übergeben werden.

Endlich erklären die beiden Contrahenten ausdrücklich, daß sie mit dem Inhalte dieses Kaufcontractes durchgängig einverstanden und wohl zufrieden sind, und entsagen zu diesem Behufe allen dawider zu machenden Einreden, nämlich der Einrede der listigen Ueberredung, des Betruges, anders verhandelter als hier niedergeschriebener Sache, der Verletzung über oder unter der Hälfte oder wie sie sonst noch Namen haben mögen, so wie der Einrede eines allgemeinen Verzichtes ohne Benennung des Gegenstandes, worauf verzichtet worden, wissentlich und wohlbedächtig.

Zur Beglaubigung alles dessen ist dieser Kaufcontract von beiden Contrahenten in duplo entworfen, niedergeschrieben, eigenhändig unterzeichnet und besiegelt, auch dem hiesigen Justizamte zur Confirmation vorgelegt worden.

So geschehen am sieben und zwanzigsten Mai ein tausend acht hundert und fünf und vierzig.

Anlage B.

Zwischen den nachbenannten Personen ist am heutigen Tage folgender Kaufcontract verhandelt und abgeschlossen worden.

Der Herr Apotheker B. allhier legt zu Gunsten des Herrn K., mit Genehmigung des Herrn Apothekers D., soweit derselbe dabei betheiligt ist, die ihm von der höchsten Landesbehörde bewilligte Apotheker-, so wie auch die damit verbundene Materialhandel-Concession nieder, und verkauft an denselben sein sub Nr. 97. an der Straße gelegenes Wohnhaus nebst Garten, mit allem was darin nied- und nagelfest ist, sowie mit der darin befindlichen allöopathischen und homöopathischen Apotheke mit sämmtlichen dazu gehörigen Vasis, Instrumenten, Utensilien und Waarenvorräthen um und für die Summe von 6500 Thaler buchstäblich sechs tausend und fünf hundert Thaler Pr. Courant.

Von dieser Summe sollen drei tausend vier hundert und funfzig Thaler am Tage der Uebernahme gezahlt werden und die andern funfzig Thaler macht sich der Verkäufer verbindlich als Entschädigung für geringere Waarenvorräthe und Utensilien im Abrechnung zu bringen, der Rest von 3000 Thalern aber, Herrn B. gehörig, bleibt unter nachfolgenden Bedingungen:

1) daß die Zinsen in halbjährigen Raten gezahlt werden,
2) daß Derselbe berechtigt ist, das ganze Capital zu kündigen, wenn Herr K. nicht pünktlich zur Verfallzeit die Zinsen zahlt,
3) daß die Apotheke bis dahin, wo Herrn B. gehörende Gelder auf dieselbe hypothekarisch eingetragen sind, in der Feuerversicherungsbank zu M. mit zwei tausend Thaler versichert wird.

Ferner zwei tausend Thaler auf drei Jahre und ein tausend Thaler auf zwei Jahre unkündigbar auf der Apotheke hypothekarisch eingetragen stehen und behält sich Herr B. aus-

drücklich Eigenthumsrechte an der Apotheke, so lange und bis diese drei tausend Thaler nebst Zinsen vollständig bezahlt sind, vor.

Herr D. übernimmt die Verbindlichkeit, daß Herr B. in Forma Rechtens diesen Vertrag unterzeichnet.

Der Verkäufer Herr D. macht sich verbindlich, bis zum Tage der Uebergabe die Gefahr der verkauften Gegenstände zu übernehmen, so wie auch daß alle zur Apotheke und Laboratorium gehörigen Utensilien und Geräthschaften nach einem darüber verfertigten Verzeichniß richtig übergeben werden, und kein Defect irgend einer Waare vorgefunden wird.

Endlich erklären die Contrahenten, daß sie mit dem Inhalte dieses Kaufcontracts durchgängig einverstanden sind und wohl zufrieden, und entsagen zu dem Behufe ausdrücklich allen darwider zu machenden Einreden, nämlich der Einrede der listigen Ueberredung, des Betrugs, anders verhandelter als hier niedergeschriebener Sache, der Verletzung über oder unter der Hälfte und wie sie sonst noch Namen haben mögen, so wie der Einrede eines allgemeinen Verzichtes ohne Benennung des Gegenstandes worauf verzichtet worden, wissentlich und wohlbedächtig.

Sollte dem Herrn Käufer die Concession zur Betreibung des Geschäfts nicht gewährt werden, so ist der Kaufcontract aufgehoben und ungültig, und die etwa angezahlten 1000 Thlr. sollen ihm dann von dem Herrn Verkäufer zurückgezahlt werden. Es bleiben in diesem Falle alle Verabredungen zwischen Herrn Apotheker B. und Herrn Apotheker D. genau so gültig, wie sie in dem Kaufcontracte vom 27sten Mai c. niedergeschrieben sind. Die Uebergabe findet zum 1sten Januar 1846 statt, auch wohl früher, nachdem es dem Herrn Käufer möglich wird, das Kaufgeld zu beschaffen. Sollte der Antritt sich jedoch später als den 1sten Januar 1846 hinausstellen, so soll hierdurch dem Käufer durchaus kein Nachtheil erwachsen.

Zur Beglaubigung ist dieser Contract doppelt ausgefertigt und von den betheiligten Contrahenten eigenhändig unterschrieben worden.

So geschehen E. den sechs und zwanzigsten August 1845.

Anlage C.

Die in vorliegendem Kaufcontracte besagte Apotheke mit Zubehör und Garten lehnt dem Herzogl. Rentamte allhier unter 5 pr. C. Lehn, giebt 23 Sgr. 6 Pf. Erbzins und ist wegen 3000 Thaler rückständiger Kaufgelder das Eigenthumsrecht vom Vorbesitzer B. vorbehalten worden.

E., d. 10ten October 1845.

A..sches Rentamt.

Anlage D.

E., am 3ten Februar 1846.

Vor dem Justizamte erschienen heute von freien Stücken Herr Apotheker D. von hier, als Verkäufer, Herr Apotheker K., als Käufer,

und

Herr Apotheker B., betheiligt wegen seines vorbehaltenen Eigenthumsrechts.

Es wird ihnen der vorstehende Kaufvertrag wörtlich vorgelesen und zur Anerkennung vorgelegt.

Die Comparenten

bekennen sich zu dem Inhalte desselben sowohl, als zu den darunter befindlichen Unterschriften und haben an dem Vertrage nichts abzuändern, oder demselben beizufügen, auch geloben sie dessen Festhaltung mittelst Handschlags.

Zu bemerken ist nur noch, daß die Comparenten die zu Nr. 3 gestellte Bedingung in allseitiger Uebereinstimmung dahin erläutert haben, daß dem Herrn Apotheker B. wegen der dem Herrn Apotheker K. dargeliehenen drei tausend Thaler außer dem reservirten Eigenthumsrechte auch eine Hypothek auf die verkaufte Apotheke eingeräumt werden solle.

V. g. u.

Anlage E.

Zu der vorbemerkten Hypothek, weshalb das reservirte Eigenthumsrecht bereits im Consensbuch hinsichtlich der 3000 Thaler rückständiger Kaufgelder eingetragen worden ist, wird der verlangte Lehnsconsens hierdurch ertheilt.

E., den 9ten Februar 1846.

A..sches Rentamt.

Anlage F.

Nachdem bei dem Justizamte allhier der vorstehende Kaufcontract zur gerichtlichen Bestätigung überreicht und etwas Erhebliches dabei nicht zu erinnern gefunden worden, Contrahenten auch sich zu dessen Inhalte sowohl, als zu den darunter befindlichen Namensunterschriften bekannt und auf dessen Festhaltung handgebend angelobt haben, so wird dieser Kaufvertrag, mit Vorbehalt der Rechte jedes Dritten und insbesondere des dem Vorbesitzer Herrn Apotheker B. wegen 3000 Thaler rückständiger Kaufgelder reservirten Eigenthumsrechtes, mit Ertheilung des Amtsconsenses in die Eigenthumsübertragung unter Amtshand und Siegel hierdurch bestätigt.

Zugleich auch wird die von dem Käufer dem Herrn Apotheker B., wegen der nach dem Protokolle vom 3ten Februar d. J. ihm dargeliehenen 3000 Thaler auf das Kaufobject bestellte Hypothek, nachdem zu solcher Lehnsconsens beigebracht, dieselbe auch im Amtsconsensbuche angemerkt worden, Amtswegen hierdurch confirmirt.

E., den 24sten März 1846.

A..sches Justizamt.

Nachtrag.

Aus den mir mitgetheilten Actenstücken mußte sich mir nothwendigerweise die Vermuthung aufdrängen, daß der Apotheker B. seine Ansprüche im Wege des Executivprocesses geltend machen werde. Ich hielt es daher, obgleich durch keine specielle Frage dazu veranlaßt, dennoch für meine Pflicht auch diese Eventualität ins Auge zu fassen, und bezeichnete den Weg, auf welchem die Möglichkeit eines theilweisen Sieges schon im Executivprocesse gegeben war.[1]) Dieser Weg hat indessen aus Gründen, deren Erörterung hier nicht weiter interessirt, nicht eingeschlagen werden können, und so hat denn der jetzige Widerkläger die später wirklich gegen ihn angestellten Executivprocesse verloren. Der Apotheker B. hat nämlich wegen der in dem Kaufvertrage vom 26. August 1845 getrennt aufgeführten Capitale der 1000 Thlr. und resp. der 2000 Thlr. zwei getrennte Executivklagen, nämlich eine executivische Hypothekarklage wegen der 1000 Thlr., und eine executivische Schuldklage wegen der 2000 Thlr. erhoben. In diesen beiden Processen sind nun merkwürdiger Weise, wie bereits im Vorworte angedeutet, obgleich den beiden Processen nur dieselben Urkunden zu Grunde lagen, dennoch sowohl von der untersten als auch von der obersten Instanz ganz widersprechende Erkenntnisse hinsichtlich der juristischen Auffassung der zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse abgegeben; ja die unterste Instanz ist in dem jetzigen Erkenntnisse auf die Widerklage sogar noch zu einer dritten Ansicht übergegangen.

In dem Processe wegen der 2000 Thlr. hatte sich nämlich das Justizamt E., als unterste Instanz, in dem den Beklagten verurtheilenden Erkenntnisse für eine Expromission, durch welche Beklagter sich verbindlich gemacht habe, einen Kaufgelderrückstand des Apothekers D. an den Kläger als Selbst-

1) Da dieser processualische Theil des Gutachtens übrigens kein irgend bedeutendes wissenschaftliches Interesse darbietet, so habe ich denselben nicht mit abdrucken lassen.

schuldner zu übernehmen, erklärt. Dieses Erkenntniß war von der mittleren Instanz wegen nicht widerlegter Entscheidungsgründe bestätigt, während die oberste Instanz zwar gleichfalls bestätigte, in den Entscheidungsgründen indessen unter Anderem äußerte: „Die Urkunden legen klar zu Tage, daß es sich um eine Forderung von Kaufgeldern handelt, welche dem Executivkläger von dem ursprünglichem Gläubiger, dem Verkäufer, cedirt worden sind, bei dem Käufer verzinslich stehen blieben, wodurch sich ausreichend erklärt, warum die Urkunden theils von dargeliehenen Geldern, theils von rückständigen Kaufgeldern sprechen, ohne daß dadurch über das vorliegende Rechtsgeschäft selbst irgend ein begründeter Zweifel erhoben werden kann."

In der executivischen Hypothekklage wegen der 1000 Thlr. hatte dagegen die unterste Instanz diese Ansicht von einer Cession aufgestellt, und demgemäß aus einem hier nicht weiter interessirenden Grunde die Klage in der angebrachten Maaße zurückgewiesen. Dieses Erkenntniß war von der mittleren Instanz reformirt, indem die Verurtheilung des Beklagten folgendermaaßen motivirt wurde [2]):

„In dieser Beziehung ist es nun zwar richtig, daß die Forderung des Klägers an den jetzigen Beklagten aus einer anderen Forderung entstanden ist, welche der Kläger B. ursprünglich gegen den Apotheker D. wegen 3000 Thlr. rückständiger Kaufgelder hatte. In dem spätern Kaufvertrage aber, welchen D. mit dem jetzigen Beklagten abschloß, ist mit Genehmigung des Gläubigers der Beklagte für den Verkäufer als Schuldner der 3000 Thlr. eingetreten, sonach also eine förmliche Expromission [3]) erfolgt. Eine solche involvirt aber

---

2) Dieses Erkenntniß ist von allen in der gegenwärtigen Proceßsache bis jetzt abgegebenen, hinsichtlich der juristischen Auffassung der Rechtsverhältnisse das gediegenste!

3) Damit hat sich die mittlere Instanz für eine Delegation entschieden. Es ist freilich auffallend, wie die unterste und die mittlere Instanz hier gleichmäßig den Ausdruck Delegation vermeiden, und nur von einer Expromission sprechen, während doch die unter Mitwirkung des bisherigen Schuldners vorgenommene expromissio gerade einen Bestandtheil des mit dem technischen Namen der delegatio bezeichneten Rechtsgeschäftes bildet, vergl. L. 11. pr. D. de novat. (46, 2), und unsere neueren Compendien, wenn gleich gegen den ächten römischen

regelmäßig eine Novation; die ursprünglich aus dem Kaufgeschäft herrührende Forderung hat aufgehört, und es ist eine neue, (welche zwar in dem abgeschlossenen Vertrage [4]) und bei der Verlautbarung desselben als ein Darlehn bezeichnet wird, die aber eigentlich mehr den Charakter eines bloßen crediti [5]) besitzt) an deren Stelle getreten. Deshalb kann jetzt auf den ursprünglichen Kaufcontract zwischen den ꝛc. B. und D., also auch auf dessen vollständige Erfüllung gar nichts mehr ankommen, sondern es muß die Schuld des Beklagten — nachdem derselbe seine Verbindlichkeit zur Zahlung dieser Summe für den D. anerkannt hat — als ein selbstständiges debitum angesehen werden [6])."

Die oberste Instanz hat darauf dieses Erkenntniß, wegen nicht widerlegter Entscheidungsgründe, bestätigt, damit also gegen die unterrichterliche Ansicht der Cession eine Delegation angenommen, während dieselbe oberste Instanz in dem ersterwähnten Processe gegen die unterrichterliche Ansicht einer Expromission (in concreto einer Delegation) eine Cession angenommen hatte, gewiß ein durch dieses Zusammentreffen so sonderbarer Wechsel der Ansichten, wie er selten vorkommen wird!

Die Folge des Verlustes dieser beiden Executivklagen war

Sprachgebrauch, unter expromissio die privative Uebernahme einer fremden Schuld ohne Mitwirkung des bisherigen Schuldners verstehen.

4) In dem Vertrage vom 26sten August 1845 findet sich diese Bezeichnung aber noch nicht!

5) Diese hingeworfene unklare Aeußerung ist offenbar die Veranlassung zu dem merkwürdigen Urtheile der unteren Instanz in der jetzigen Widerklagsache geworden.

6) Diese Bemerkung war für den damaligen Stand des Processes im Executivprocesse richtig. Denn es wurde nicht aus einem zweiseitigen Rechtsgeschäfte, der emtio venditio, sondern aus dem einseitigen Rechtsgeschäfte der stipulatio (dem Vertrage) zwischen Delegatar und Delegaten geklagt, und deshalb hat der Delegat, wenn er sich auch unter den in §. 13. (S. 35 fgg.) erörterten Voraussetzungen mit den Einreden aus den früheren Rechtsverhältnissen schützen kann, dennoch den Beweis zu übernehmen, daß er dem Deleganten, entweder ipso jure oder wegen einer exceptio peremtoria, nichts schuldete, und daß ein gleiches Verhältniß zwischen Deleganten und Delegatar obwaltete. Dieser Beweis war aber nicht zur Liquidität gebracht und deshalb nur im Ordinarprocesse zulässig.

nun, daß der Beklagte, welcher bereits im Laufe des Executivprocesses eine Widerklage, wegen Freigebung und Löschung der Hypothek der 3000 Thlr. resp. Rückerstattung von Interessen, erhoben hatte, verurtheilt wurde, einstweilen, bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Widerklage, dem Kläger genügende Sicherheit wegen dessen Gesammtforderungen zu bestellen. Diese Sicherheit ist, namentlich durch Deposition landschaftlicher Obligationen beschafft, und das Justizamt E. hat nunmehr das erste Erkenntniß auf die Widerklage abgegeben. Dieses Erkenntniß hat die Widerklage, wegen eines angeblichen Formfehlers, in der angebrachten Maaße abgewiesen, und zugleich nachzuweisen versucht, daß die Widerklage ohne diesen angeblichen Formfehler definitiv abzuweisen gewesen wäre. Nur dieser letztere Punkt hat wegen der juristischen Auffassung der bei der Delegation eintretenden Rechtsverhältnisse ein wissenschaftliches Interesse, und wenn irgend etwas zu der Bestätigung der in §. 10. des Gutachtens aufgestellten Ansicht über die Existenz einer Delegation in dem vorliegenden Falle beitragen könnte, so wäre es gerade das jetzt abgegebene, und eine Delegation verwerfende Urtheil des Justizamtes E., indem jede einzelne in den Motiven enthaltene Prämisse mit Entschiedenheit und Nothwendigkeit zur Annahme einer Delegation hinführt, so daß es nur einem gänzlichen Mangel an Logik des erkennenden Richters zuzuschreiben ist, wenn dennoch die Annahme einer Delegation verworfen, und dafür der ohne diese Annahme völlig in der Luft schwebende Begriff eines „creditum" substituirt wird [7]). Da das Erkenntniß auf diese Weise für die richtige Auffassung der Rechtsverhältnisse bei der Delegation nicht ohne Interesse ist, so will ich den betreffenden Theil desselben zum Beschlusse nachstehend mittheilen, und mit erläuternden Anmerkungen begleiten. Das Justizamt argumentirt nämlich folgendermaaßen:

„Dem Wiederbeklagten hat D. 3000 Thlr. geschuldet, und ist diese Forderung auf der gekauften Apotheke hypothekarisch

---

7) Die Idee dieses creditum ist freilich nicht eigene Eingebung des Justizamtes, sondern nur die unklare Fortbildung der hingeworfenen unklaren Idee der mittleren Instanz. Anm. 5 des Nachtrages (S. 75).

sicher gestellt worden. Als der Widerkläger die Apotheke dem D. abkauft, haften noch 3000 Thlr. Hypothek darauf, und es wird deshalb ausgemacht, der Widerkläger solle diese Schuld selbst übernehmen [8]). Der Widerbeklagte ertheilt dazu seine Einwilligung und wird mit dem Widerkläger über verschiedene Fristen einig [9]). So wenig hier davon die Rede ist, daß der Widerkläger in das sonstige Contractsverhältniß des D. trete, so wenig ist Veranlassung dazu, dies Contractsverhältniß als von ihm fortgesetzt zu denken [10]). Der Kaufcontract zwischen dem Widerbeklagten und dem D. erscheint als für sich abgeschlossen und vollendet [11]), und die Verpflichtung des Wider-

---

8) Hiermit ist das erste Element der Delegation: der Vertrag zwischen Deleganten und Delegaten charakterisirt. Dieser Vertrag ist, juristisch betrachtet, ein mandatum de promittendo, der Auftrag des Deleganten an den Delegaten, dem Delegatar zu promittiren, welcher im römischen Rechte, wie das Mandat überhaupt, an keine Form gebunden war L. 17. D. de novat. (46, 2). Durch die Erfüllung dieses Mandates soll nun zwischen dem Deleganten und Delegaten entweder eine solutio, oder ein creditum, oder eine donatio ins Leben gerufen werden. Wenn nun der Delegat sich, wie im vorliegenden Falle, solvendi causa delegiren läßt, so ist seine promissio eine wahre expromissio und die Delegation involvirt eine Novation. Nur für diesen Fall ist die Definition Ulpians in L. 11. pr. D. de novat. (46, 2): „Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui jusserit" berechnet, und schon diese Definition hätte das Justizamt auf den richtigen Weg leiten sollen.

9) Hiermit ist das zweite Element der Delegation: der Vertrag zwischen Delegatar und Delegaten charakterisirt, welcher bei den Römern nicht durch einfachen Vertrag, sondern durch stipulatio abgeschlossen werden mußte, L. 11. §. 1. D. de novat. (46, 2.) L. 20. D. de in diem addict. (18, 2).

10) Dies ist kein Einwand gegen die Annahme einer Delegation. Denn durch eine Delegation der vorliegenden Art sollen ja die bisherigen Forderungsrechte nicht fortgesetzt werden; die bisherigen Forderungen sollen vielmehr wie durch Zahlung untergehen, und an deren Stelle soll eine neue Forderung treten.

11) Von einer Vollendung des Kaufcontractes kann freilich genau gesprochen nicht die Rede sein, sondern nur von der Aufhebung der Forderung des Kaufgeldes, gerade wie durch Bezahlung des Kaufgeldes die etwaigen Ansprüche des Käufers, wegen heimlicher Mängel u. s. w. nicht untergehen, und das Kaufcontractsverhältniß daher noch fortwährend Grund und Veranlassung zu Klagen geben kann. Das Justizamt will daher hiermit offenbar nur aussprechen, daß die Forderung des V.

klägers gegen ersteren als eine selbstständige auf jenem Kaufcontract nicht beruhende [12]). Die Schuld des D. erscheint als eine vom Widerkläger anerkannte, nicht bloß durch die Hypothek auf der Apotheke, sondern durch besonderen Contract zwischen den gegenwärtigen Parteien in ihrer jetzigen Gestalt neu gegründete [13]).

---

auf das Kaufgeld gegen D. als aufgehoben betrachtet werden muß. Allein damit ist dann wieder die erste Wirkung einer Delegation, wie die vorliegende, charakterisirt. Wenn nämlich der Delegant delegirt, um dadurch seine Schuld an den Delegatar zu tilgen, so wird er in dem Momente der stipulatio zwischen Delegatar und Delegaten, wie durch Zahlung, von dieser seiner Schuld befreit. L. 3. C. de novat. (6, 42). Von einer solchen Delegation wird daher auch geradezu in den Quellen gesagt: „solvit enim et qui reum delegat", L. 8. §. 3. D. ad S. C. Vellej. (16, 1.) — „solutionis vicem continet haec delegatio L. 37. §. 4. D. de operis libert. (38, 1.) — „qui debitorem suum delegat pecuniam dare intelligitur", L. 18. D. de fidej. (46, 1). Vergl. noch L. 8. §. 5. D. ad S. C. Vellej. (16, 1.) L. 26. §. 2. D. mandati (17, 1.) L. 31. §. 1. D. de novat. (46, 2). — Die Argumentation des Justizamtes ist daher hier nicht bloß nicht gegen, sondern positiv für eine Delegation.

12) Hiermit ist wieder das zweite Element der Delegation, der Vertrag zwischen Delegatar und Delegaten (Anm. 9) charakterisirt. Dieser Vertrag ist ein neuer selbstständiger Vertrag. Die daraus entstehende Klage ist nicht die aus der zweiseitigen emtio venditio entstehende bonae fidei Contractsklage, die actio venditi, sondern die aus der stipulatio, als einem einseitigen Rechtsgeschäfte entstehende, dem strictum jus angehörende actio certae creditae pecuniae, oder condictio certi im Justinianeischen Rechte L. 24. D. de R. C. (12, 1) (indem die actio ex stipulatu nur aus einer stipulatio incerta entsteht). Diese durch die Delegation entstandene Klage beruht daher allerdings nicht auf dem Kaufcontracte. Allein sie ist doch allein durch die irrthümliche Annahme einer dem Herrn B. einer- und dem Herrn D. andererseits zustehenden Forderung auf 3000 Thlr. Kaufgelder aus den beiden Kaufcontracten zur Existenz gekommen. Denn hätte der Delegat gewußt, daß Herr D. dem Herrn B. gegenüber, und er der Delegat dem Herrn D. gegenüber durch die im Gutachten näher entwickelten exceptiones geschützt war, so hätte er sich nicht auf die Delegation eingelassen. Gerade wegen dieses Motives wird nun der Delegat unter den in §. 13. (S. 35 fgg.) näher ausgeführten Voraussetzungen durch exceptio doli generalis dem Delegatar gegenüber in Schutz genommen, wenn er den Beweis führt, daß er dem Deleganten, und der Delegant dem Delegatare ipso jure oder wegen einer exceptio peremtoria nichts schuldig war.

13) Die Forderung des Delegatars gegen den Delegaten ist stets eine

Fragt man nun nach dem Wesen dieses Vertrages, so hat er Aehnlichkeit mit dem Darlehn, nur daß die Darlehnssumme nicht baar geliehen, hingegeben worden, wie das Darlehn erfordert, sondern nur eine hypothekarisch sicher gestellte Summe nunmehr als creditirt angenommen worden ist. Das aber ist eben der Unterschied des creditum vom mutuum L. 15. D. de R. C. (12, 1).[14])

---

neu gegründete, wenn auch nicht immer eine novatio im technischen Sinne!

14) Hiermit hat das Justizamt, freilich ganz wider seinen Willen, die Existenz einer Delegation so vollständig als möglich anerkannt. Denn die Delegation involvirt ein creditum, indem die Klage des Delegatars gegen den Delegaten, welche auf der abgeschlossenen stipulatio beruhte, in Fällen der vorliegenden Art gerade die actio certae creditae pecuniae war. Denn unter dem technischen Begriffe des creditum haben wir, wie noch neuerlich in einer gediegenen Monographie: Die Lehre von dem Creditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten von G. E. Heimbach Leipzig 1849 genauer nachgewiesen ist, diejenigen Rechtsverhältnisse zu verstehen, aus welchen die mit gewissen processualischen Eigenthümlichkeiten cf. Gaj. IV. §. 13. §. 171. Heimbach l. c. S. 41 fgg. verbundene actio certae creditae pecuniae, welche im Justinianeischen Rechte freilich in der condictio certi aufgegangen ist, Heimbach l. c. S. 45—48, entstand. Ein solches creditum konnte nun aber nur aus drei Gründen entstehen, nämlich aus Darlehn, Stipulation und expensilatio (der alten litterarum obligatio), Heimbach S. 32 und 74 insbes. S. 78—83, mithin nur aus stricten, mit Einwilligung der Parteien abgeschlossenen Rechtsgeschäften. Daß ein wahres creditum aus einer Stipulation entstehen konnte, hat bereits v. Savigny System 5r Bd. Beil. XIV. Nr. X. S. 532—540 nachgewiesen, cf. L. 2. §. 5. D. de R. C. (12, 1), „verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione" L. 3. §. 3. L. 4. vgl. mit L. 3. §. 5. D. ad S. C. Maced. (14, 6) und L. 7. D. de V. O. (45, 1) L. 8. D. de eo quod certo loco (13, 4) L. 2. §. 3. D. de R. C. (12, 1), wo geradezu von der Stipulation gesagt wird: pecuniam creditam continet. Indessen entstand doch ein creditum nicht aus jeder Stipulation, sondern nur

1) aus einer certa stipulatio, d. h. einer solchen, aus deren anfänglichen Fassung genau hervorging, was und wem zu leisten war, Heimbach S. 301 fgg.,

2) aus einer unbedingten stipulatio, wo die wirkliche Entstehung einer Schuldverbindlichkeit von Anfang an gewiß war, Heimbach S. 49. 57. 58—66. 279—269.

Diesen genaueren Begriff des creditum, welcher noch in mannigfachen

Eine positive Bestätigung der Richtigkeit dieser Auffassung enthält das der Klage beigefügte Protokoll vom 3ten Februar

Andeutungen in den Pandekten vorkommt, treffen wir am schärfsten in Gaj. III. §. 124. an, wo Gajus sich folgendermaaßen äußert: Pecuniam autem creditam dicimus non solum eam, quam credendi causa damus, sed omnem, quam tunc, cum contrahitur obligatio certum est, debitum iri, id est, quae sine ulla conditione deducitur in obligationem, itaque et ea pecunia quam in diem certum dari stipulamur eodem numero est, quia certum est, eam debitum iri, licet post tempus petatur etc. Vgl. dazu L. 36. und L. 3. §. 2. D. de R. C. (12, 1).

Eine nothwendige Folgerung dieser Begriffsbestimmung ist nun die Annahme, daß aus der stipulatio zwischen Delegatar und Delegaten ein creditum entstehen mußte, sobald der Delegatar sich eine bestimmte Geldsumme ohne Bedingung stipulirte, wie dies vorliegend der Fall ist, wo nur bestimmte Fristen, welche aber juristisch nicht als conditio, sondern nur als dies aufzufassen sind, hinzugefügt wurden, eine Modification, von welcher Gajus l. c. ausdrücklich sagt, daß dadurch der Begriff des creditum nicht aufgehoben wird.

Es fehlt aber auch sonst nicht an einer ausdrücklichen Anerkennung, daß aus dieser im Wege der Delegation vorgenommenen Stipulation gerade wie aus einem Darlehn die actio certae creditae pecuniae entstand. Diese Anerkennung ist in der von Celsus herrührenden L. 21. §. 1. D. de donat. (39, 5) enthalten, deren Worte folgendermaaßen lauten: Sed si debitorem meum tibi donationis immodicae causa promittere jussi, an summoveris donationis exceptione necne tractabitur. Et meus quidem debitor exceptione te agentem repellere non potest, quia perinde sum, quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim et tu illam ei credideris. Sed ego, si quidem pecuniae a debitore meo nondum solutae sunt, habeo adversus debitorem meum rescissoriam in id, quod supra legis modum tibi promisit, ita ut in reliquum tantummodo tibi maneat obligatus. Sin autem pecunias a debitore meo exegisti, in hoc quod modum legis excedit, habeo contra te condictionem. Der delegirte Schuldner läßt sich hier solvendi causa von seinem Gläubiger delegiren. Der Gläubiger nimmt aber die Delegation vor, um die ihm geschuldete Summe dem Delegatar zu schenken. Die Summe überstieg aber die in der lex Cincia festgesetzte Summe. Hätte nun der Schenker dem Beschenkten die Summe auf dem Wege der stipulatio versprochen, so konnte er sich rücksichtlich des Ueberschusses mit der exceptio legis Cinciae gegen die actio certae creditae pecuniae vertheidigen. Allein es war hier die Delegation vorgenommen und daher entstand die Frage: kann der Delegat sich mit der exceptio legis Cinciae gegen den Delegatar schützen? Der Jurist mußte diese Frage verneinen. Denn da die Schuldner hier die qu. Summe seinem delegirenden Gläubiger wirklich schuldig gewesen war, da er mithin nicht wie Herr K. durch eine exceptio gegen seinen

1846, in welchem ausdrücklich gesagt ist: „Zu bemerken ist, daß die Comparenten die zu Nr. 3 gestellte Bedingung dahin erläutert

---

urspünglichen und später delegirenden Gläubiger geschützt war, so konnte er sich auch nicht auf Einreden berufen, welche dem Deleganten gegen den Delegatar zugestanden hätten, falls sich der Delegatar die Summe vom Deleganten stipulirt hätte. Der Jurist sagt nun: die Verhältnisse sind hier juristisch gerade so zu beurtheilen („quia perinde sum"), wie wenn der Delegant von seinem Schuldner, dem Delegaten, Zahlung erhoben („quasi exactam a debitore meo summam"), die gezahlte Summe dem Delegatare schenkungsweise eingehändigt („tibi donaverim") und dieser sie wieder an den Delegaten als Darlehn ausgeliehen hätte („et tu illam ei credideris"). Gerade wie nun eine actio certae creditae pecuniae entstanden wäre, wenn die Rechtsverhältnisse sich wirklich so entwickelt hätten, gerade so muß sie nun nach Celsus Auffassung aus der Stipulation zwischen Delegatar und Delegaten entstehen.

Daß nun aber sogar in dem von Celsus behandelten Falle der Delegant rücksichtlich des noch nicht gezahlten Ueberschusses die alte Klage gegen den Delegaten im Wege der in integrum restitutio („rescissoriam") wieder erhält, und daß dann natürlich auch insoweit der Delegat gegen den Delegatar in Schutz genommen werden muß („ita ut in reliquum tantummodo tibi maneat obligatus"), so wie daß er bei schon vorgenommener Zahlung eine condictio auf den Ueberschuß gegen den Delegatar erhält, hängt zu genau mit den hier nicht weiter interessirenden Grundsätzen der lex Cincia zusammen, um hier weitläufiger erörtert zu werden.

Machen wir vielmehr die Anwendung der juristischen Auffassung von Celsus auf den vorliegenden Fall, wo durch die Delegation zwei bestehende Forderungen aufgehoben, und an deren Stelle eine einzige neue gesetzt werden sollte, so müssen wir sagen: die actio certae creditae pecuniae entsteht hier gerade so, wie wenn drei Zahlungen vorgekommen wären, nämlich, wie wenn

1) der Delegat dem Deleganten solvendi causa,
2) der Delegant dem Delegatar solvendi causa, und
3) der Delegatar dem Delegaten credendi causa

Zahlung geleistet hätten. Denn die Forderungen zwischen Deleganten und Delegaten einer- und Deleganten und Delegatar andererseits gehen ja ipso jure wie durch solutio unter. Von diesem Gesichtspunkte aus hat nun auch Heimbach l. c. S. 150 fgg. die Delegation als einen Entstehungsgrund des creditum aufgestellt, und denselben nicht bei der Stipulation, sondern wegen dieser hier gewissermaaßen zu Grunde liegenden Zahlungen schon bei der obligatorischen Numeration dargestellt, indem er aber S. 151 ausdrücklich hervorhebt, daß hier zur Vervollständigung der Handlung noch angenommen werde, daß der Delegatar diese Geldsumme dem Delegaten auf dem Wege der Stipulation creditirt habe.

Hiernach hat nun das untergerichtliche Erkenntniß darin vollkommen

haben, daß dem Hrn. Apotheker B. wegen der dem Hrn. Apotheker K. dargeliehenen 3000 Thlr. eine Hypothek eingeräumt werden solle," wo mithin die Contrahenten selbst den Vertrag als ein Darlehn bezeichnen [15]) und ferner die Bestellung einer Hypothek für diese somit neugegründete Forderung, da man nur für neuerlangte Forderungen neue Hypotheken zu begründen pflegt, [16]) und wenn Widerbeklagter ex emto schuldete, das vorbehaltene Eigenthumsrecht des Widerbeklagten vollkommen genügte [17]).

Ist aber hiernach das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältniß ein für sich bestehendes [18]), beruht es nicht auf dem Kaufe des D. [19]) und setzt es diesen als abgethan voraus [20]), so kann der Widerkläger auch nicht aus dem Kaufe des D. klagen [21]), weil er die 3000 Thlr. qu. gar nicht ex

Recht, daß hier ein ohne baare Zahlung entstandenes creditum vorliegt. Allein das Justizamt hat die causa, welche doch nothwendigerweise bei einem jeden creditum zu Grunde liegen muß, welche den charakteristischen Bestandtheil einer jeden obligatio bildet L. 14. §. 2. D. de exc. rei judic. (44, 2) gänzlich unberücksichtigt gelassen. Denn ein creditum ohne causa existirt nicht. Da nun natürlich weder der D. noch der Widerkläger dem Herrn B. die 3000 Thlr. haben schenken wollen, da der Widerkläger die 3000 Thlr. hat schuldig werden sollen, damit der D. von der Forderung auf die 3000 Thlr. liberirt würde, da hier der D. den Widerkläger beauftragt hat dem Herrn B. zu diesem Ende die qu. 3000 Thlr. zu versprechen, so kann auch nicht der mindeste Zweifel obwalten, daß hier ein creditum ex delegatione vorliegt.

15) Diese Argumentation führt wieder auf ein creditum, cf. §. 15. des Gutachten S. 44 fgg. und dies kann nur ein creditum ex delegatione sein.

16) Die Forderung des Delegatars ist ja aber eine neu gegründete! S. Anm. 9. 12. 13. des Nachtrags.

17) Ein praktischer Zweck der Verbindung dieses Eigenthumsvorbehaltes und der Hypothek ist oben S. 57 Nr. 3. nachgewiesen.

18) S. Anm. 9 (S. 77).

19) S. Anm. 12 (S. 78).

20) S. Anm. 11 (S. 77).

21) Von einer Klage ex emto ist hier gar nicht die Rede. Es ist nur die exceptio doli generalis, vermittelst deren der Delegat sich gegen den Delegatar, unter den §. 13. angegebenen Voraussetzungen, schützen will, welche wegen ihrer Illiquidität im Executivprocesse nicht zugelassen werden konnte, und nur in Form der durch die Praxis eingeführten Nach- oder Widerklage geltend gemacht wird.

emto, sondern ex credito [22]), und nicht als Delegat des D., sondern selbstständig [23]) schuldet. Das Rechtsverhältniß ist alterirt [24]), und der dolus des Widerbeklagten, wenn er erwiesen würde, kann dem Widerkläger nicht als Nachfolger der Schuld des D. zu gute kommen [25])."

---

22) S. Anm. 14. S. 79.

23) Als ob der Delegat nicht selbstständig schuldete!

24) Soll wohl soviel als novirt bedeuten!

25) Als Delegat kann er sich aber allerdings unter den in §. 13. näher angegebenen Voraussetzungen auf die exceptiones aus den früheren Rechtsverhältnissen gegen den Delegatar berufen.

emto, sondern ex credito [22]), und nicht als Delegat des D., sondern selbstständig [23]) schuldet. Das Rechtsverhältniß ist alterirt [24]), und der dolus des Widerbeklagten, wenn er erwiesen würde, kann dem Widerkläger nicht als Nachfolger der Schuld des D. zu gute kommen [25])."

---

22) S. Anm. 14, S. 79.

23) Als ob der Delegat nicht selbstständig schuldete!

24) Soll wohl soviel als novirt bedeuten!

25) Als Delegat kann er sich aber allerdings unter den in §. 13. näher angegebenen Voraussetzungen auf die exceptiones aus den früheren Rechtsverhältnissen gegen den Delegatar berufen.